Körperverletzung und operativer Eingriff.

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

Hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

J. Anton Rörig

Rechtspraktikant

z. Zt. am Kgl. Landgericht Würzburg.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Würzburg 1913.

Gebrüder Memminger G. m. b. H.

Referent:

Professor Dr. Friedrich Oetker.

Verzeichnis der Quellen und Hilfsmittel.

v. Bar:	Zur Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes. (Gerichtssaal B. 60, S. 81 ff.)
Behr:	Medizin und Strafrecht. (Gerichtssaal B. 62, S. 400 ff.)
Binding:	Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, besonderer Teil B. 1, Leipzig 1902, S. 53 ff.
	Die Normen und ihre Uebertretung. B. 1, 2. Auflage, Leipzig 1890.
	Handbuch des Strafrechts, B. 1, Leipzig 1885.
Dietrich:	Die Straflosigkeit ärztlicher Eingriffe. Dissertation. Fulda 1896.
Ehlert:	Worin liegt der Grund für die Rechtmäßigkeit eines ärztlichen Eingriffs, der ohne Einwilligung des Behandelten oder seines Vertreters vorgenommen wird? Dissertation. Berlin 1909.
Entscheidungen des	Reichsgerichts in Strafsachen, insbes. E. B. 25, S. 375 und B. 38, S. 34.
Fischer:	Strafbare Körperverletzung und ärztlicher Eingriff. Dissertation. Leipzig 1906.
Frank:	Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 8.—10. Aufl. Tübingen 1911.
Finger:	Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1904.
	Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. B. 20, S. 12 ff.
Göb:	Die Behandlung des Notstandes in Goltdammers Archiv für Strafrecht, B. 28, S. 183 ff.
Graf z. Dohna:	Die Rechtswidrigkeit als allgemein gültiges Merkmal im Tatbestand der strafbaren Handlung. 1905.
Hälschner:	Das gemeine deutsche Strafrecht. B. 1 und 2. Bonn 1881.
Heimberger:	Ueber die Straflosigkeit der Perforation. Berlin 1889.
	Strafrecht und Medizin. München 1899.
Hertz:	Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts. B. 1. Hamburg 1880.
Hess:	Die Ehre und die Beleidigung des § 185 RStGB Hamburg 1891.
	Neue Thesen. Hamburg 1900. S. 52 ff.
v. Holtzendorf:	Handbuch des deutschen Strafrechts, B. 3. Geyer 1874.
Kessler:	Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung. Berlin und Leipzig 1884.
Kitzinger:	Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht im Gerichtssaal. B. 55, S. 87 ff.
v. Lilienthal:	Die pflichtmäßige ärztliche Handlung und das Strafrecht in der Festgabe für Bekker. Heidelberg 1899.
v. Liszt:	Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 18. Aufl. Berlin 1911.
Meyer-Allfeld:	Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 7. Aufl. 1911.

Olshausen:	Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 9. Aufl. 1912.
Oppenheim:	Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen an Kranken und Gesunden. Basel 1892.
	Die rechtliche Beurteilung der ärztlichen Eingriffe in der Zeitschrift für Schweizer Strafrecht, 6. Jahrg. 1893. S. 339.
Rüdorff:	Strafgesetzbuch für das deutsche Reich.
Schmidt, Richard:	Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für verletzende Eingriffe. Jena 1900.
Schnitzler:	Der ärztliche Eingriff und das Strafrecht. Dissertation. Leipzig 1908.
Stammler:	Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Notstandes. Erlangen 1878.
Stooß:	Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung. Berlin 1898.
	Operativer Eingriff und Körperverletzung, in der Zeitschrift für Schweizer Strafrecht, 6. Jahrg. 1893. S. 57.
	Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung in der Zeitschrift für Schweizer Strafrecht, 11. Jahrg. 1898.
Tiersch:	Sind chirurgische Operationen und operative Eingriffe körperliche Mißhandlungen im strafrechtlichen Sinn? Im ärztlichen Vereinsblatt 1884 Nr. 285.
Wolf:	Die strafrechtliche Haftbarkeit der Aerzte. Dissertation. (Ohne Jahreszahl).

Stoff-Gliederung.

A. Einleitung. Stand der Frage im allgemeinen. Die verschiedenen Theorien.
B. Durchführung. Der operative Eingriff ist Körperverletzung.
  I. Behandlung der Frage im allgemeinen:
    1. Der Tatbestand des § 223 RStGB.
    2. Anwendung dieses Tatbestandes auf den operativen Eingriff: Der operative Eingriff ist Körperverletzung. Abzulehnen sind darum:
      a) die Ansicht von Stooß, der den Körperverletzungscharakter überhaupt leugnet;
      b) die Ansicht von v. Bar, der nur bei dem mit Einwilligung begangenen Eingriff den Körperverletzungscharakter beseitigt wissen will.
    3. Begründung der eigenen Ansicht: Der operative Eingriff ist Körperverletzung, jedoch nicht strafbar wegen ausgeschlossener Rechtswidrigkeit.
      a) Nicht richtig sind aber in dieser Beziehung:
        α) die Ansicht des Reichsgerichts, das die Einwilligung entscheiden läßt;
        β) die Ansicht Oppenheims, der ein Gewohnheitsrecht annimmt;
        γ) die Ansicht derjenigen, welche die ärztliche Regel entscheiden lassen wollen;
        δ) die Ansicht derer, die ein ärztliches Berufsrecht annehmen.
      b) Richtig ist dagegen die Zwecktheorie, die in dem operativen Eingriff das notwendige und wahrscheinliche Mittel zur Erreichung eines von der Rechtsordnung gewollten Zweckes sieht.
    4. Die strafrechtliche Bedeutung der Einwilligung.
  II. Stand der Frage auf dem speziellen Gebiete der geburtshilflichen Operation. Und zwar:
    1. bei der Abtreibung,
    2. bei der Perforation,
    3. der Embryotomie,
    4. beim Kaiserschnitt.
  III. Die Behandlung von Transfusion und Transplantation.
  IV. Die operativen Eingriffe zu Zwecken des Versuchs.
C. Schluß. Stellungnahme zu Reformvorschlägen.

I. Körperverletzung und operativer Eingriff.

1. Einleitung.

Eine überaus bestrittene Frage in Wissenschaft und Praxis ist die nach der rechtlichen Natur des ärztlichen Eingriffs. Und doch ist diese Streitfrage von ganz eminent weittragender praktischer Bedeutung. Namentlich der Arzt ist es, der sich immer wieder vor die Frage gestellt sieht: ist der ärztliche Eingriff eine Körperverletzung im Sinne des § 223 RStGB. und wenn er eine solche ist, ist er strafbar oder ist er es nicht? Eine ziemlich umfangreiche Literatur sucht über diese Frage Auskunft zu geben, und es sind namentlich auch die Mediziner selbst, die sich sehr lebhaft an diesem Streite beteiligen. Der Löwenanteil daran aber gebührt, wie das ja sehr natürlich ist, den Männern der Strafrechtswissenschaft, die sich in dem letzten Jahrzehnt mit wahrem Feuereifer dieser Materie zugewandt haben. Und in der Tat die Frage verdient es, näher gewürdigt zu werden. Ist es doch nicht eine Streitfrage, die nur die Köpfe einiger Theoretiker zu bewegen geeignet ist, sondern eine Frage der Praxis, eine Frage, die tief in das menschliche Gesellschaftsleben eingreift, die deshalb allgemeines Interesse beansprucht. Um so bedauerlicher ist es, daß unsere Gesetzgebung in dieser so hochwichtigen Sache vollständig versagt und die ganze Angelegenheit der Wissenschaft und Praxis überließ. Die Folge davon war, daß sich die Theorie sofort dieser Frage bemächtigte und die bestehenden Lücken des Gesetzes auszufüllen suchte. So befriedigend das für die reine Theorie sein mochte, da die Behandlung dieser Frage eine ganze Fülle von neuen Gesichtspunkten und Anregungen bot, um so gefährlicher war dieser Weg im Interesse einer einheitlichen Rechtsprechung. Ganz vermeiden wird sich dieser Mangel eigentlich nie lassen, denn bei der Notwendigkeit, einen Gesetzestext herzustellen, der den Forderungen der Praxis entspricht, der daher namentlich möglichst abstrakt zu fassen ist, um in den Strafrahmen möglichst viele Fälle einbeziehen zu können, wird es immer Lücken im Gesetze

geben, die zu Zweifeln Anlaß geben. Allein das Gesetz sollte wenigstens die Hauptfragen zu lösen suchen und nicht gerade in wichtigen Fragen die Entscheidung offen lassen.

Zunächst bleibt aber nichts weiter übrig, als sich mit dem geltenden Strafrecht abzufinden und an der Hand unserer Gesetzesbestimmungen die Frage zu einem für die Allgemeinheit befriedigenden Resultate zu führen. Der Zukunft soll es dann vorbehalten bleiben, der endgültigen gesetzlichen Lösung der Frage näher zu treten.

Ausgangspunkt der ganzen Materie ist und bleibt der § 223 RStGB., an ihn knüpfen die verschiedenen Theorien an. Daß eine kunstgemäß vorgenommene, vom Patienten gewollte Operation straflos sei, bezweifelt Niemand. Der ganze Streit dreht sich einzig und allein um die Frage, wie die Straflosigkeit rechtlich zu erklären sei. Da stehen sich denn im allgemeinen zwei große Hauptmeinungen gegenüber. Die einen behaupten [1]), der zweckmäßige ärztliche Eingriff bilde den begrifflichen Gegensatz zur Körperverletzung, könne also nie strafbar sein. Auf der anderen Seite aber steht die größere Zahl derer, die behaupten, der operative Eingriff sei objektiv wie subjektiv eine Körperverletzung, nur sei die Rechtswidrigkeit dabei ausgeschlossen. Ueber die Gründe der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit gehen aber die Ansichten selbst wieder weit auseinander. Trotzdem darf die letztere Ansicht als die herrschende betrachtet werden und sie hat namentlich in letzterer Zeit sehr viele an Anhängern gewonnen. Auch ich muß mich als Anhänger derselben bekennen, und es erscheint mir gerechtfertigt, namentlich in Rücksicht auf ihr immer weiteres Wachsen und Umsichgreifen diese Ansicht hier nochmals darzulegen, insbesondere aber auch die Gründe anzuführen, aus denen die Rechtswidrigkeit für ausgeschlossen zu erachten ist. Im Anschluß daran soll dann die rechtliche Natur der Einwilligung einer Betrachtung unterzogen werden, um schließlich überzugehen auf die höchst wichtige und praktische Frage der strafrechtlichen Bedeutung des geburtshilflichen Eingriffs und dann zu schließen mit einer kritischen Betrachtung des operativen Eingriffs zu Zwecken des Versuchs. Ich hoffe, mit diesen Ausführungen einen kleinen Beitrag zu dieser höchst bestrittenen Materie liefern und damit zur Klärung der ganzen Frage etwas beitragen zu können.

---

[1]) So insbesondere Heß, Stooß, Heimberger, Binding, Frank, Lenz, v. Bar.

II. Begriff der Körperverletzung im allgemeinen.

I. Kapitel.

Bei der Beurteilung der vorliegenden Frage ist auszugehen von dem Tatbestand des § 223 RStGB. Was will der Gesetzgeber mit seiner Definition ausdrücken und wann haben wir den vollendeten Tatbestand einer Körperverletzung vor uns? Der § 223 RStGB. lautet: „Wer vorsätzlich einen anderen körperlich mißhandelt, oder an der Gesundheit beschädigt, wird wegen Körperverletzung mit Gefängnis bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 1000 Mk. bestraft".

Nach dieser Definition wird der Begriff der Körperverletzung in zwei Teile zerlegt: Körperliche Mißhandlung und Gesundheitsbeschädigung. Diese Zweiteilung des Begriffes ist namentlich eine Neuerung gegenüber dem alten, preußischen Strafgesetzbuche und zwar eine Neuerung, die gerade nicht dazu geeignet war, vorhandene Streitigkeiten und Uneinigkeiten in der Auffassung zu beseitigen. Der alte § 187 des preußischen StGB. zerlegte den Begriff der Mißhandlung in einzelne Bestandteile und fügte als Beispiele namentlich das Stoßen und Schlagen auf, ohne aber durch diese Definition dem praktischen Bedürfnis vollständig zu entsprechen. Dem suchte dann das RStGB., das ja bekanntlich aus dem preußischen StGB. hervorging, abzuhelfen, indem es dem Begriff der körperlichen Mißhandlung, wie er ja schon im alten StGB. aufgestellt war, noch den der Gesundheitsbeschädigung hinzufügte. Keinesfalls aber wollte das RStGB. in den Begriff der körperlichen Mißhandlung etwas anderes hineinlegen als ohnehin schon dadurch ausgedrückt war, und insofern ist dieses Moment für die rechtliche Bedeutung der Worte „körperliche Mißhandlung und Gesundheitsbeschädigung" von Bedeutung.

„Mißhandeln" ist jedes üble Einwirken auf den Körper eines andern, so daß dessen körperliches Wohlbefinden dadurch gestört wird. In der Regel wird die Mißhandlung darauf hinauskommen, bei einem andern eine Erregung des Schmerzes zu erzeugen, ohne daß aber die Wortbedeutung

dieses gerade verlangt. Ebenso wie man jemand beleidigen kann, ohne daß dem Beleidigten dies zum Bewußtsein kommt, ebenso wird man annehmen müssen, daß auch eine Mißhandlung möglich ist, von der der Betroffene gar nichts merkt, z. B. eine Mißhandlung durch Erregung einer Ohnmacht. Doch wird dies die Ausnahme sein. Man wird eben gewöhnlich doch nur da von einem „Mißhandeln" reden können, wo, sei es durch Stoßen, sei es durch Schlagen, sei es in anderer Weise auf das körperliche Wohlbefinden des andern eingewirkt wird, so daß bei diesem eine erhebliche Schmerzerregung stattfindet. Hier setzt aber schon der Streit ein. Eine Anzahl von Schriftstellern, so namentlich Stooß und Frank, wollen das Wort „Mißhandeln" gleichbedeutend setzen mit „unangemessen, übel, schlimm" behandeln, und dadurch dem ganzen eine andere Färbung geben. Sie wollen zufolgedessen überall da den Begriff der Körperverletzung ausschließen, wo das Handeln in einem dem Zustand des zu Verletzenden entsprechenden Behandeln besteht, wenn auch an und für sich ein Eingriff in die Körperintegrität vorliegt. Allzu großes Gewicht aber auf die Bedeutung des Wortes „Mißhandeln" als gleichbedeutend mit „unangemessen, übel, schlimm" behandeln, wie Stooß und Frank dies tun, halte ich für verfehlt. Diese Worterklärung scheint mir überhaupt wenig Beweiskraft zu haben; denn ganz abgesehen davon, daß die Silbe „miß" wie der Sprachgebrauch lehrt, ebensowohl das Unangemessene, Verfehlte einer Handlung wie das Unangenehme bezeichnen kann, man aus dem Worte Mißhandeln also ebensowohl die Notwendigkeit einer Schmerzerregung herauslesen kann, wie das üble schlimme Behandeln, steht diese Auffassung auch im Gegensatz zu der obigen Auffassung des preußischen StGB., wo das bloße Stoßen und Schlagen, also die bloße Einwirkung auf den Körper eines andern schon als eine Mißhandlung aufgefaßt wurde, ohne Rücksicht auf die Angemessenheit und Unangemessenheit der Handlung. Indeß wird diese Auffassung auch durchaus nicht gestützt durch die Erfahrung des täglichen Lebens. Dieses lehrt vielmehr, daß man unter Mißhandlung nur solche Einwirkungen auf den Körper eines andern versteht, die geeignet sind, das körperliche Wohlbefinden desselben zu beeinträchtigen ohne Rücksicht darauf, ob diese Behandlung angemessen oder unangemessen erscheint. Ja sogar die angemessene Handlung muß man als eine Mißhandlung betrachten, nicht nur, wenn sie erhebliche Schmerzen zuzufügen geeignet ist, sondern auch nur, wenn sie das

körperliche Wohlbefinden beeinträchtigt. Dagegen wird man sich wohl hüten müssen, den Begriff zu überspannen, wie es namentlich v. Liszt tut[1]), wenn er die Katzenmusik unter die Körperverletzungen rechnet. Entspricht diese Subsumption schon nicht dem geschichtlich überlieferten Verbrechenstatbestande, so spricht m. E. gegen diese Annahme auch namentlich der Umstand, wieweit man sich dadurch von dem gesunden Volksempfinden entfernt, wenn man ein bloßes ästhetisches Unlustgefühl als Körperverletzung bezeichnet.

Körperliche Mißhandlung ist aber weiter diejenige Behandlung eines andern, welche zu einer Beeinträchtigung seiner körperlichen Unversehrtheit führt; die Beeinträchtigung muß aber von einer solchen Intensität sein, welche hinreicht, um nach dem Sprachgebrauche eine Verletzung zu erzielen. Es scheiden dadurch aus dem Begriff der Körperverletzung aus alle diejenigen Handlungen, die wie z. B. das Abschneiden einiger weniger Haare weder ein körperliches Unbehagen erregen noch irgend eine Entstellung mit sich bringen. Eine Körperverletzung wird daher regelmäßig auch dann vorliegen, wenn, ohne daß eine äußerliche Entstellung vorliegt, in die Körperintegrität in solchem Maße eingegriffen wird, daß man von einer wahrhaften Verletzung sprechen kann; daher wird auch die ganze oder teilweise Entfernung innerer Organe, auch ohne daß diese entstellend wirkt, immer objektiv eine Körperverletzung sein, namentlich auch schon deswegen, weil diese ja nie ohne Störung des körperlichen Wohlbefindens, zumeist auch nie ohne Schmerzempfindung bewirkt werden kann.

Zu dem Begriff der Körperverletzung gehört in zweiter Beziehung aber auch der der Gesundheitsbeschädigung. Dieser Begriff steht selbständig neben dem der körperlichen Mißhandlung; sie schliessen einander nicht aus, jeder von ihnen kann den Tatbestand der Körperverletzung erfüllen. Sie können aber auch in Beziehung zu einander stehen, namentlich ist es möglich, daß die Gesundheitsbeschädigung eine Folge der Mißhandlung ist; umgekehrt kann es aber auch sein, daß eine Gesundheitsbeschädigung vorliegt, ohne daß eine körperliche Mißhandlung vorgekommen ist. Der häufigste Fall hiefür ist der einer Infektion durch eine ansteckende Krankheit.

Gesundheitsbeschädigung liegt vor, wenn, wie das Wort schon sagt, der andere an seiner momentanen körper-

[1]) v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin 1911 § 87, S. 312.

lichen oder geistigen Gesundheit beschädigt wird. Das Wort Gesundheit ist hier ein relativer Begriff; denn was bei dem einen gesund ist, ist bei dem andern nicht mehr gesund. Jede Beeinträchtigung des im einzelnen Falle vorliegenden Körper- oder Geisteszustandes ist daher Gesundheitsbeschädigung, wenn sie von einer gewissen Intensität ist. Eine Gesundheitsbeschädigung kann deshalb sowohl die Erregeug einer Krankheit, wie auch bei schon vorhandener Krankheit eine Steigerung einer solchen sein. Immer wird es sich aber um eine solche Störung des körperlichen Wohlbefindens dabei handeln müssen, die man auch als Krankheit bezeichnen muß. Auf die Dauer der Gesundheitsbeschädigung kommt es nicht an; es genügt, wenn der Betroffene einen, wenn auch nur vorübergehenden Nachteil an der Gesundheit erleidet, d. h. wenn nur ein Zustand herbeigeführt wird, wodurch das normale Zusammenwirken der Organe des Körpers beeinträchtigt wird und dieser Zustand eine bestimmte, wenn auch nur ganz kurze Frist anhält. Diese Feststellung ist von einer großen, praktischen Bedeutung, namentlich im Hinblick auf die von Stooß und andern vertretenen Ansicht, daß der operative Eingriff keine Körperverletzung sei. Diese behaupten, das, was der Operierende tue, sei deshalb keine Körperverletzung, weil es gegenüber dem Enderfolg der Heilung als unselbständiger Zwischenerfolg nicht in Betracht kommen könne. Allein diese Ansicht ist irrtümlich, wie wir noch später zu zeigen haben werden. Es kann nach unserer Definition gar nicht darauf ankommen, was mit dem operativen Eingriffe bezweckt wird, sondern nur die nackte, konkrete Handlung des operativen Eingriffs kommt in Betracht. Und wenn der Operierende auch nur vorübergehend in die Körperintegrität des Kranken eingreift, so genügt dieser kurze Eingriff doch, um den Begriff der Körperverletzung in dem oben bezeichneten Sinne zu erfüllen. Auf den schließlichen guten Erfolg, den der Operierende damit zu erreichen hofft, kann m. E. für die Feststellung, ob hier eine Körperverletzung vorliegt, gar kein Gewicht gelegt werden, schon deshalb nicht, weil sich dieser ja gar nie voraussagen läßt. Doch darüber später.

Zum Tatbestand der Körperverletzung gehört aber weiter auch das Verschuldungsmoment; dieses kann wie immer ein zweifaches sein: entweder Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Die Fahrlässigkeit scheidet hier aus, da sie ja für unsere Frage von wenig praktischer Bedeutung ist; denn bei dem operativen Eingriffe wird es sich immer ja

nur um vorsätzliche Begehung handeln. Liegt Fahrlässigkeit vor, so wird sich der Operierende schon aus allgemein rechtlichen Gesichtspunkten nicht vor Strafe schützen können. Umsomehr fällt der Begriff des dolus ins Gewicht. Auf die Streitfrage, ob dem Vorsatzbegriff die Vorstellungs- oder die Willenstheorie zugrunde zu legen ist, mag an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden. Hauptvertreter der Vorstellungstheorie ist v. Liszt. Der Verfasser schließt sich aber durchweg der Willenstheorie an und versteht unter Vorsatz jeden Willen, der auf eine Veränderung in der objektiven Welt, einen Erfolg, gerichtet ist und zwar auf einen rechtswidrigen Erfolg. Der dolus bei der Körperverletzung besteht demnach in dem Wollen des Erfolges, d. h. in dem Streben, eine Veränderung in der Außenwelt zu erzielen, welche nach dem Sprachgebrauch eine Mißhandlung oder Gesundheitsbeschädigung zur Folge haben werde oder haben könne. Will also der Täter, daß das, was er tut, objektiv eine Störung des körperlichen Wohlbefindens des andern, oder einen Eingriff in seine körperliche Unversehrtheit darstellt und ist sein Streben, wenn auch nur vorübergehend darauf gerichtet, solches zu erreichen, so wird immer der Begriff der vorsätzlichen Körperverletzung gegeben sein.

Daß für den Tatbestand der Körperverletzung schließlich auch immer das Erfordernis der Rechtswidrigkeit gegeben sein muß, ist selbstverständlich und zwar muß der Vorsatz immer auch das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit mit umfassen. Letzteres ist allerdings bestritten, aber mit Unrecht; denn eine Handlung kann dem Täter doch nicht als strafbar angerechnet werden, wenn der Täter gar nicht die Norm gekannt hat, gegen welche er verstieß. Dieses Erfordernis der Widerrechtlichkeit gehört zu den „allgemein gültigen Tatbestandsmerkmalen“ eines Verbrechens [1]). Für die Widerrechtlichkeit einer Handlung spricht gewissermaßen eine Vermutung und es wird der Strafrichter eine Handlung, die im übrigen allen Tatbestandsmerkmalen des Gesetzes entspricht, solange als rechtswidrig betrachten, als er sich nicht von dem Hinzutreten gewisser Momente, welche die Rechtswidrigkeiten ausschließen, überzeugt hat. Auf jeden Fall aber ist die Rechtswidrigkeit der Handlung notwendig, um ein strafbares Vergehen im Sinne des § 223 RStGB. zu begründen.

---

[1]) Graf zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit als allgemein gültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen, 1905.

Soweit im allgemeinen der Tatbestand des § 223 RStGB.

Fassen wir nun kurz das Ergebnis dieser Betrachtung noch einmal in einem Satze zusammen, so werden wir sagen müssen:

Körperverletzung ist jeder widerrechtliche dolose oder kulpose Eingriff in die Körperintegrität eines andern, ein Eingriff von einer gewissen Dauer und Intensität, welche hinreicht, um nach dem Sprachgebrauch eine Verletzung zu erzielen.

An der Hand dieser gewonnenen Definition wollen wir nun im Folgenden untersuchen, als was der operative Eingriff sich uns darstellt, ob er als eine Körperverletzung im Sinne des § 223 RStGB. erscheint oder nicht.

II. Kapitel.

Ist der operative Eingriff eine Körperverletzung im Sinne des § 223 RStGB.?

Die Frage, die wir uns im folgenden vorzulegen haben, ist die: Welchen deliktischen Tatbestand erfüllt der operative Eingriff, der, sei es von dem Arzte, sei es von einer anderen Medizinalperson an einem Patienten vorgenommen wird?

Bevor wir aber an die Lösung der Frage herangehen, muß zuerst festgestellt werden, was man eigentlich unter dem Ausdruck „operativer Eingriff“ zu verstehen hat. Es ist dies erforderlich, um eine Grundlage für den Aufbau zu gewinnen und zugleich eine feste Umgrenzung des Ganzen zu erreichen. Von dem Sprachgebrauch ausgehend, wird es wohl das Richtige treffen, mehr das sachliche als das persönliche Moment in diesem Ausdrucke hervorzukehren und unter „operativem Eingriffe“ weniger die Eingriffe des Arztes als vielmehr alle diejenigen Eingriffe zu verstehen, die zu Heilzwecken vorgenommen werden, gleichviel von welchen Personen. Als solche wird man aber namentlich bezeichnen müssen alle Eingriffe, die eine Besserung des gestörten körperlichen Wohlbefindens bezwecken, sei es durch Heilung von Krankheiten, sei es durch Linderung der durch diese entstehenden Schmerzen, sei es durch Beseitigung sonstiger körperlicher oder geistiger Schäden und Mängel. Immer muß es sich aber um Ein-

griffe am Körper des zu Heilenden selber handeln, so daß Eingriffe, die am Körper eines gesunden dritten Menschen, allerdings im Interesse eines Kranken, vorgenommen werden, wie z. B. Transfusion und Transplantation auszuscheiden hätten. Es ist aber trotzdem üblich geworden, auch diese Fälle allmählich unter den Begriff des operativen Eingriffs hereinzuziehen und dementsprechend zu behandeln. Als „operativer Eingriff" ist sonach im folgenden zu verstehen, jeder, sei es vom Arzte, sei es vom Laien vorgenommene Eingriff, sei es äußerlicher, sei es innerlicher Natur, der dazu dienen soll, das körperliche Wohlbefinden des Betreffenden zu stärken und zu erhöhen.

Die Handlungen des Arztes oder des Laien, die man unter dem Begriff des operativen Eingriffs zusammenfaßt, können an und für sich den Tatbestand folgender strafbaren Handlungen erfüllen. In Betracht kommt natürlich nur die vorsätzliche Begehung, da die Fahrlässigkeit bei Ausführung dieser Handlung schon ohnehin strafbar ist. Es könnte also in ihnen verkörpert sein der Begriff der Freiheitsberaubung nach § 239 RStGB., der Begriff der Nötigung nach § 240 RStGB. und der Begriff der Körperverletzung nach § 223 RStGB.

Der Begriff der Freiheitsberaubung wird wohl der am wenigsten zutreffende Fall sein; er könnte m. E. nur in Betracht kommen, wenn der Arzt den Patienten z. B. narkotisiert ohne seine spezielle Einwilligung, um vielleicht unsittliche Manipulationen am Körper des Patienten vorzunehmen. Denn wenn er ihn nur narkotisiert, um dann eine Operation an ihm vorzunehmen, so wird nach meiner Ansicht die Strafbarkeit der Narkotisierung durch die Strafbarkeit des operativen Eingriffs konsumiert, so daß nur der Tatbestand der Körperverletzung übrig bleibt. Es wird sich der behandelnde Arzt oder Chirurg aber wohl im allgemeinen hüten eine Handlung, die mit einer Freiheitsberaubung verbunden ist, an dem Körper des zu Behandelnden vorzunehmen, ohne daß er sich vorher überzeugt hat, daß man ihm auf strafrechtlichen Gebiete nichts anhaben kann. Es scheiden von vorneherein hier auch namentlich alle diejenigen Fälle aus, und das wird wohl das häufigste sein, in denen der Patient mit seiner Zustimmung in Narkose versetzt wurde, oder in denen der Patient schon bewußtlos vorgefunden wurde. Aber auch der Fall scheidet hier aus, daß der Patient z. B. während der Operation aus der Narkose erwacht und nun sofort wieder in Narkose versetzt wird. Man kann hier die Widerrecht-

lichkeit der neuen Narkotisierung schon durch die allgemeine Zustimmung zur ersten Narkotisierung als beseitigt betrachten. Weiter wird die Widerrechtlichkeit wohl auch dadurch hinwegfallen, daß es doch erlaubt sein muß, zur Rettung des Lebens des Patienten ihm ein geringeres Uebel zuzufügen, um ein höheres Gut, sein Leben zu retten.

Im Uebrigen aber, wenn also die vorausgehenden Fälle nicht gegeben sind, z. B. auch bei der Narkotisierung von Kindern oder sonstigen Geschäftsunfähigen oder -Beschränkten wird die Frage nach dem Wegfall der Widerrechtlichkeit fast regelmäßig mit dem Wegfall der Widerrechtlichkeit bei der Vornahme von Operationen selbst zusammentreffen. Es mag deshalb hier auf die später folgenden Ausführungen in dieser Richtung verwiesen werden.

Ganz ähnlich verhält es sich mit dem Tatbestande der Nötigung. Auch hier ist die Widerrechtlichkeit natürlich ausgeschlossen, wenn der Patient seine Zustimmung erteilt hat oder er im Zustande der Bewusstlosigkeit ist oder sonst über seinen Willen nicht verfügen kann. Nach richtiger Ansicht dürfte übrigens eine Nötigung im Sinne des RStGB. nur dann vorliegen, wenn gegen den Patienten direkt physische Gewalt angewandt wird. Aber auch hier mag der schon oben erwähnte Fall der Narkose ausgenommen sein; denn man wird doch dem Arzte, wenn der Patient während der Operation erwacht und nun in seinem Schmerze zu toben und um sich zu schlagen beginnt, wohl das Recht zugestehen müssen, den Patienten festzuhalten und ihn so zu nötigen, still zu halten, um die begonnene Arbeit zu einem guten Ende zu führen. Ich halte übrigens alle diese Fälle gar nicht für besondere Fälle von Nötigung bezw. Freiheitsberaubung, sondern betrachte sie unter dem einheitlichen Gesichtspunkte der nachfolgenden Operation als zum Tatbestande der Körperverletzung gehörig. Denn andernfalls muß man schließlich in jeder Körperverletzung auch zugleich eine Nötigung erblicken, weil derjenige, dem eine Körperverletzung zugefügt wird, doch in jedem einzelnen Falle zugleich genötigt wird, sich diese Behandlung gefallen zu lassen. Auch wer wegen Mordes z. B. bestraft wird, müßte dann immer noch besonders wegen Nötigung bestraft werden, weil er sein Opfer vielleicht mit der einen Hand gehalten und ihm mit der anderen Hand die tötlichen Schläge versetzt hat. Und doch wird niemand diese Konsequenz ziehen wollen. Will man aber trotzdem beim operativen Eingriff das Vorliegen einer Nötigung für gerechtfertigt

erachten, so werden auch hier für den Ausschluß der Widerrechtlichkeit im allgemeinen die Gründe in Betracht kommen, welche die Widerrechtlichkeit der Operation im besonderen auszuschließen vermögen. Darüber jedoch an späterer Stelle.

Am bestrittensten ist jedenfalls die Frage, ob der operative Eingriff den Tatbestand der Körperverletzung im Sinne des § 223 RStGB. erfüllt, bezw. wenn er ihn erfüllt, durch welche Gründe die Rechtswidrigkeit und damit die Strafbarkeit ausgeschlossen wird.

Eine Minderheit in der Literatur behauptet nun, daß der operative Eingriff den Tatbestand der Körperverletzung überhaupt nicht erfülle. Als die Hauptvertreter dieser Ansicht sind zu nennen: Heß, Stooß, Heimberger, Binding, Frank, in gewisser Beziehung auch v. Bar und der Mediziner Thiersch[1]). Als der eigentliche Begründer dieser Ansicht hat Heß zu gelten, dem sich dann die andern mehr oder weniger angeschlossen haben. Ihr Hauptargument geht dahin, daß sie sagen:

Der Arzt, der operativ eingreife, erfülle mit keiner Silbe den Tatbestand der Körperverletzung im Sinne des § 223 RStGB. Denn der Tatbestand der Körperverletzung setze sich aus den beiden Unterbegriffen — Mißhandlung und Gesundheitsbeschädigung — zusammen und keiner dieser Unterbegriffe treffe bei dem operativen Eingriffe zu. Die chirurgische Operation sei eine Form des Gesundheitsschutzes, also der ärztlichen Behandlung. Der Chirurg, der einen Patienten operativ behandele, schädige den Körper und die Gesundheit des Patienten nicht und wolle sie nicht schädigen. Der Wille der Behandlung schließe den Vorsatz der Körperverletzung notwendig aus. So namentlich Stooß[2]). Sie stellen sich dabei auf den Standpunkt „Mißhandeln" bedeute soviel wie „unangemessen, übel, schlimm" behandeln. Da aber die ärztliche Behandlung ein dem Körper angemessenes Behandeln sei, so

---

[1]) Dr. Anton Heß, die Ehre und die Beleidigung des § 185 RStGB. Hamburg 1891, S. 54, Anm. 4. Dr. Karl Stooß, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung, Eine strafrechtliche Studie. Berlin 1898. Dr. Joseph Heimberger, Strafrecht und Medizin. München 1899. Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, S. 372/373. Binding, Lehrbuch S. 53 ff. v. Bar, Medizinische Forschung und Strafrecht, Göttinger Festschrift für Regelsberger 1901. Dr. med. J. Thiersch, Sind chirurgische Operationen und operative Eingriffe körperliche Mißhandlungen im strafrechtlichen Sinne? Sonderabdr. aus d. ärztl. Vereinsblatt 1894. Nr. 285. Vgl. auch Kitzinger z. Lehre v. d. Rechtswidrigkeit im Strafrecht, Gerichtssaal B. 55, S. 87/88.

[2]) Stooß a. a. O. S. 10.

könne von Mißhandlung und damit von Körperverletzung beim operativen Eingriffe nicht die Rede sein.

Schon diese Deduktion weist eine Lücke auf; wie schon oben kurz erwähnt, bedeutet das Wort „Mißhandeln" ebensowohl das „unangemessene, übele" Behandeln als das „unangenehme" Behandeln, also jenes Behandeln, welches eine Störung des körperlichen Wohlbefindens mit sich bringt. Ja, man kann sogar mit gutem Grunde behaupten, daß man nach dem Sprachgebrauche damit mehr das Unangenehme als das Unangemessene betonen will. Ein Beispiel möge dies erläutern! Wenn man z. B. von einem Mißerfolg redet, den jemand erlitten hat, so will man damit weniger sagen, der Erfolg, den er errungen hat, ist nicht seinen Kenntnissen oder Fertigkeiten angemessen, sondern man will doch offenbar damit andeuten, daß er eine für ihn schmerzliche Enttäuschung erlebte, daß ihm etwas Unangenehmes widerfahren ist. Und genau so verhält es sich bei dem Worte „Mißhandeln". Es soll damit natürlich nicht gesagt sein, daß es nicht auch die erste Bedeutung haben könnte. Es ist jedoch keineswegs notwendig, daß man gerade wie Stooß und seine Anhänger es tun, dem Worte nur die ihnen genehme Bedeutung beilegt. Jedenfalls kann das Wort „Mißhandeln" auch ganz gut die zweite Bedeutung im Sinne einer unangenehmen Empfindung für den Behandelten haben und nach dem Sprachgebrauche möchte ich mich schon mehr für diese Alternative entschließen. Die überwiegenden Gründe sprechen also offenbar für die zweite Auslegung. Es besteht daher gar kein Grund, sich schlechterdings nur auf die erste Lesart zu berufen und die Existenz einer Körperverletzung deshalb zu leugnen, weil der operative Eingriff ein den Verhältnissen des Behandelten angemessenes Behandeln sei. Zu einer direkten Schmerzempfindung braucht der Eingriff gar nicht zu führen. Es wird dies durch den Begriff der Körperverletzung auch gar nicht verlangt, wenn sie auch eine sehr häufige Begleiterscheinung sein wird. Körperliche Mißhandlung liegt deshalb jedenfalls auch schon dann vor, wenn bloß das momentane körperliche Wohlbefinden gestört wird. Auf die Dauer dieser Störung kommt es nicht an, es genügt auch nur vorübergehende Störung des Wohlbefindens. Ja, man kann sogar behaupten, daß selbst die „Angemessenheit" einer Behandlung nicht geeignet ist, den Körperverletzungscharakter zu beseitigen; denn daran kann man doch wohl nicht zweifeln, daß selbst ein angemessenes, d. h. den Verhältnissen des

Kranken angepaßtes Behandeln nicht ausschließt, daß dadurch ganz gewaltig in sein körperliches Wohlbefinden eingegriffen wird; wenn dies auch nur eine ganz vorübergehende Erscheinung sein kann, so schließt es den objektiven Begriff der Mißhandlung und damit der Körperverletzung doch keineswegs aus. Dabei muß es ganz gleichgültig sein, ob die Störung des körperlichen Wohlbefindens auf äußerlichem Wege, also durch Eingriff auf operativem Wege erfolgt oder durch interne Behandlung erzielt wird; denn in beiden Fällen kann durch die allerdings verschiedenen Mittel doch der gleiche Erfolg erreicht werden.

Ist es also keineswegs schon im Worte begründet anzunehmen, es läge bei einem den Verhältnissen des Patienten entsprechenden Behandeln keine Körperverletzung vor, so lehrt die tägliche Erfahrung und das Volksempfinden uns doch auch etwas anderes. Wenn das Denken des Volkes auch nicht als unbedingt zwingender Beweis für die Unwahrscheinlichkeit der gegnerischen Ansicht angeführt werden kann, so darf es der Jurist doch nie vollständig aus dem Auge lassen, weil er sonst Gefahr läuft, sich von der Wirklichkeit zu sehr zu entfernen. Nun denke man aber an eine Operation, bei der es notwendig ist, dem Patienten eines oder mehrere seiner wichtigsten Organe, sei es teilweise, sei es ganz zu entfernen, so daß er mehr oder weniger entstellt herumlaufen muß! Ich erinnere an Amputationen des Armes, des Beines, der Hand oder des Fußes oder auch an sonstige Operationen, bei denen es nötig ist, Knochen zu durchtrennen oder zu entfernen. Es sind das doch dauernde Verstümmelungen, an denen jemand zu leiden hat, so lange er lebt, und das alles sollen keine Körperverletzungen sein, weil man damit hofft, den Kranken wieder zu heilen? Ja, die Absicht mag schon eine gute sein, und wenn der Kranke Glück hat, so wird auch der ersehnte Erfolg nicht ausbleiben; aber das hindert nicht, an dem offenbar klar daliegenden Körperverletzungscharakter der Handlung zu zweifeln. Wenn ein Mann für sein ganzes Leben verstümmelt ist, wenn er zeitlebens als ein Krüppel herumlaufen muß, das sollte keine Mißhandlung sein, sondern nur ein seiner Körperkonstitution entsprechendes Behandeln? Ich glaube, das Volksurteil wird hier anders sprechen, es wird zeigen, daß das alles sehr schwere und höchst gefährliche Körperverletzungen sind, und der Laie wird sich nur darüber wundern, wie man zu der Ansicht kommen kann, es seien diese operativen Eingriffe keine

Körperverletzung. Wenn man nach der richtigen Ansicht die Mißhandlung bezeichnen muß als jeden Eingriff in die Körperintegrität eines andern, welche geeignet ist, dessen körperliches Wohlbefinden zu stören, so daß man nach dem Sprachgebrauch von einer Körperverletzung reden kann, so liegt bei jeder Handlung des Arztes oder eines Laien, welche einen solchen Erfolg zeitigt, der objektive Tatbestand einer Körperverletzung vor.

Allein noch viel lieber als mit dem Begriffe der Mißhandlung operieren die Gegner zum Beweise ihrer Behauptung, der operative Eingriff sei keine Gesundheitsbeschädigung, sondern im Gegenteil eine Form des Gesundheitsschutzes mit der zweiten Alternative des § 223 RStGB., indem sie ausführen, der gewissenhafte und richtig handelnde Arzt oder Laie wolle doch sicher, wenn er einen Kranken operativ behandele, ihn nicht an der Gesundheit schädigen, im Gegenteil, er wolle ihm ja die verlorene Gesundheit wiedergeben und dadurch nicht eine Gesundheitsschädigung, sondern eine Gesundheitsbesserung herbeiführen. Es herrscht allerdings nicht volle Einigkeit unter den Vertretern dieser Theorie, ob nämlich nur der angemessene und erfolgreiche Eingriff nicht unter die Gesundheitsbeschädigung falle oder ob jeder den Regeln der ärztlichen Kunst entsprechende Eingriff, also ohne Rücksicht auf den Erfolg den Begriff der Gesundheitsbeschädigung ausschließe. Der Hauptvertreter der letzteren Ansicht ist Frank[1]). Allein seine Ansicht ist sicher unhaltbar. Nach ihm würde eine Handlung, die zwar ganz nach den Regeln der ärztlichen Kunst und Wissenschaft ausgeführt wird, die aber in ihrem Erfolge sogar mehr schädigend als gesundheitsfördernd wirkt, deshalb keine Körperverletzung sein, weil sie nach den Regeln der ärztlichen Kunst ausgeführt wird. Daß diese Ansicht aber doch nicht richtig sein kann, liegt klar auf der Hand. Das bloße Verhalten nach einer bestimmten Regel und einer bestimmten Norm kann doch unmöglich den Maßstab dafür abgeben, ob wir es mit einer Körperverletzung zu tun haben oder nicht. Ist der operative Eingriff eine Körperverletzung, so vermag der Umstand, daß bei der Ausführung der Operation kunstgemäß verfahren wurde, ihm diese Eigenschaft nicht zu nehmen. Umgekehrt hat dieser Satz aber natürlich keine Geltung; denn angenommen, was

---

[1]) Frank, Lehrb. Anmerkung 1 zu § 223 RStGB. und Vorbem. vor § 223, II. 3.

ich ja allerdings nicht für richtig halte, es sei der operative Eingriff keine Körperverletzung, so kann aus dem Umstande, daß die Operation nicht nach den Regeln der ärztlichen Kunst vorgenommen wird, recht wohl das Delikt einer Körperverletzung entstehen. Jedenfalls aber ist die Ansicht, wie sie Frank a. a. O. vertritt, schlechterdings unhaltbar.

Erheblich bestrickender wirkt auf den ersten Blick die andere Ansicht, nämlich der erfolgreiche, nach den Regeln ärztlicher Kunst ausgeführte operative Eingriff sei keine Gesundheitsbeschädigung und damit auch keine Körperverletzung [1]; denn er erwirke ja das Gegenteil von einer Gesundheitsbeschädigung, nämlich eine Gesundheitsmehrung.

Schon der Umstand, daß bloß der erfolgreiche ärztliche Eingriff die Kraft haben sollte, den Körperverletzungscharakter der Handlung zu beseitigen, sollte zu Zweifeln Anlaß geben. Wie oft kommt es vor, daß die Operation mißlingt, daß der Kranke dabei stirbt oder doch nach der Operation schlechter daran ist, als vor dem operativen Eingriffe! Das ist doch sicher keine Heilung, auch keine Gesundheitsmehrung, wenn auch die Handlung selbst vielleicht mit der Absicht zu heilen vorgenommen wurde. Wo bleibt hier die Gleichstellung zwischen Operation und Heilung? Wie oft ist der Ausgang der Operation höchst fragwürdig, namentlich bei den schweren, lebensgefährlichen Operationen! Wie kann man dann sagen, wenn die Operation gelingt, dann ist es keine Körperverletzung, wenn sie aber mißlingt, dann muß sie zum mindesten objektiv eine Körperverletzung sein? Es läge also dann bis zur endgültigen Feststellung des Ergebnisses der Operation ein höchst unerträglicher Schwebezustand vor, während dessen Dauer man nicht sagen kann, was wir eigentlich vor uns haben. Könnte dann ein gewissenhafter Arzt es noch über sich bringen, angesichts eines so ungewissen Ergebnisses eine gefährliche Operation vorzunehmen? Denn, wenn die Operation mißlingt, dann haben wir es doch sicher mit einer Körperverletzung zu tun, da ja nach der Ansicht der Gegner nur im Falle einer angemessenen erfolgreichen Behandlung die Körperverletzung ausgeschlossen sein soll. Diese Lösung gewährt aber, ganz abgesehen von der bedenklichen Seite, die sie für den Aerzteberuf hat, doch sicherlich keine Befriedigung.

---

[1] So namentlich Stooß und Heimberger a. a. O.

Aber auch der erfolgreiche ärztliche Eingriff schließt den Begriff der Gesundheitsbeschädigung nicht aus, wie wir noch sehen werden. Wenn wir unter Gesundheitsbeschädigung der richtigen Ansicht nach verstehen jeden Eingriff, durch den der Betroffene einen, wenn auch nur vorübergehenden Nachteil an der Gesundheit erleidet, so kann gar kein Zweifel darüber bestehen, daß so ziemlich jeder operative Eingriff diesen Tatbestand erfüllt. Sogar die Gegner können es nicht ableugnen, daß jeder operative Eingriff mehr oder minder schädliche Nebenwirkungen im Gefolge hat, die sogar dauernd auf das körperliche Wohlbefinden einzuwirken vermögen, selbst wenn die Operation schon längst vorüber ist. Darüber hinwegzukommen, ohne das Bestehen einer Gesundheitsbeschädigung zugeben zu müssen, macht den Gegnern besondere Schwierigkeiten und namentlich bemüht sich auch Stooß[1]) in einem besonderen Kapitel seiner Abhandlung der Hindernisse, die sich durch diese Tatsache der Begründung seiner Theorie entgegenstellen, Herr zu werden. Freilich dürfte ihm dies nicht geglückt sein; denn die schädlichen Nebenwirkungen sind einmal da und lassen sich nicht aus der Welt schaffen; daß sie tatsächlich vorhanden sind, hat vielleicht jeder schon am eigenen Leibe gespürt. Der operative Eingriff verursacht Schmerzen, er erzeugt einen Blutverlust, er führt zu Ohnmachten, ja er kann sogar einen schädlichen Einfluß auf das Nervensystem zur Folge haben. Es mag allerdings Stooß zugegeben werden, daß durch die neuesten Errungenschaften und Fortschritte auf dem Gebiete der Medizin diese Nachteile erheblich eingeschränkt und verringert worden sind, aber ganz beseitigt sind sie nicht. Man mag alle Hochachtung haben vor den Errungenschaften der Medizin, dieser Idealzustand aber, wie ihn Stooß[2]) vor sich sieht, wird sich wohl nie allgemein erreichen lassen und so lange der Patient einen, wenn auch nur vorübergehenden Nachteil an seiner Gesundheit erleidet, wird sich der Begriff der Körperverletzung nicht leugnen lassen.

Man geht nun freilich davon aus, man dürfe die einzelnen zu Tage tretenden schädlichen Nebenwirkungen der Operation nicht als selbständige Handlungen und Erscheinungen für sich ansehen, sondern müsse sie unter dem Gesichtspunkt des schließlichen Enderfolges betrachten; dann seien sie aber nur vorübergehende Erscheinungen, die keine

[1]) Stooß, a. a. O. IV. S. 12.
[2]) Stooß, a. a. O. S. 13.

selbständige strafbare Bedeutung hätten, mit a. W. man leugnet die Bedeutung der Zwischenerfolge im Hinblick auf den günstigen einheitlichen Enderfolg. Man sagt, man müsse die ganze operative Tätigkeit des Arztes als ein einheitliches Ganzes auffassen, bei dem die einzelnen Stadien des Prozesses nicht weiter in Betracht kämen. Der Eingriff werde unternommen in Heilungsabsicht, und nachdem die Heilung tatsächlich eingetreten sei, liege eine vollendete Tatsache vor, die man doch keineswegs als Körperverletzung bezeichnen könne. Die Handlungen, die notwendig seien, um diesen Zustand zu erreichen, kämen als unselbständige Handlungen nicht weiter in Betracht.

Diese Beweisführung ist aber unrichtig. Das Strafgesetzbuch verlangt zur Bestrafung bekanntlich nichts weiter als die Subsumirbarkeit einer Handlung unter das Gesetz. Sobald eine Handlung den Tatbestand eines Gesetzes erfüllt, ist die Handlung strafbar, mag auch die Absicht dabei noch so gut sein, vorausgesetzt natürlich, daß nicht ein besonderer Strafausschließungsgrund vorhanden ist. Das bloße gute Motiv des Eingreifenden, zu heilen, schließt doch keineswegs den strafrechtlich allein in Betracht kommenden Vorsatz aus. Die Absicht des operierenden Arztes mag ja eine noch so gute sein, und wenn der Arzt eine geschickte Hand hat, und das nötige Glück ihm zur Seite steht, so mag der gute Erfolg ja sein Werk auch krönen. Das schließt aber bei weitem nicht die Tatsache aus, daß der Arzt mit Wollen, also mit Vorsatz, in die Körperintegrität des Patienten eingegriffen hat. Gehört zum Tatbestande der Körperverletzung jeder Eingriff in die Körperintegrität des andern bezw. jede auch nur vorübergehende Störung des körperlichen Wohlbefindens, so kann kein Zweifel darüber bestehen, daß der Arzt mit jedem Schnitte seines Messers, den er mit Vorsatz und Ueberlegung tut, den objektiven wie subjektiven Tatbestand der Körperverletzung erfüllt. Man muß zunächst ganz absehen von dem Motiv, das den Operierenden leitet, und nur den Eingriff an und für sich betrachten, den der Operierende vornimmt. Geschieht dies, so kann kein Mensch daran zweifeln, daß das, was der Operierende vornimmt — Einschneiden in den Körper eines andern — zunächst Körperverletzungen sind, und alle diese Handlungen begeht der Operierende mit vollem Willen, obwohl er weiß, daß solche Handlungen an und für sich verboten sind. Daß dann etwa durch den späteren Verlauf des ärztlichen Eingriffs die Rechtswidrigkeit als aufgehoben zu erachten ist,

ändert an dem in der Tat anfangs vorhandenen Begriff der Körperverletzung nichts. Wie sollte auch die Absicht zu heilen, den Vorsatz der Verletzung auszuschließen vermögen? Der Arzt will ja mit jedem Schnitt, den er tut, in die Körperintegrität des Kranken eingreifen; warum sollte also hier nicht der Begriff der Körperverletzung gegeben sein, wo doch alle Tatbestandsmerkmale derselben erfüllt sind? Wenn der Arzt auch damit die Bedingungen der Heilung zu setzen hofft, so liegt doch der Begriff der Körperverletzung vor. Das an und für sich gute Motiv einer Handlung schließt nicht aus, daß das Mittel zur Erreichung dieses Zieles unter das Strafgesetz fallen kann.

Um die Unselbständigkeit der Zwischenerfolge aber nachzuweisen, hat man versucht, sich auf Analogien des täglichen Lebens zu berufen; so behauptet man, Beschädigungen, die notwendig seien, um eine Reparatur vornehmen zu können, seien keine selbständigen Handlungen, sondern müßten als Bestandteile und notwendige Durchgangspunkte der Reparatur selbst betrachtet werden. Und man beruft sich für die Richtigkeit dieser Behauptung auf das gesunde Volksempfinden. Damit ist aber kein Beweis erbracht, sondern man verweist nur auf den gleichen Vorgang auf einem andern Gebiete. Aber auch der Hinweis auf das Volksempfinden selbst ist nicht richtig. Das Volk in seiner Mehrheit urteilt gar nicht so, wie man auf der Gegenseite annimmt. Ein Beispiel möge dieses etwas erläutern! Wenn ich meinen Rock zum Schneider trage, um ihn reparieren zu lassen, so wird es nötig sein, daß der Schneider die schlechten Stücke herausnimmt und sie durch gute ersetzt. Es ist nun zwar richtig, daß sehr viele, wenn sie den schön säuberlich geflickten Rock erhalten, im Hinblick auf die gut gelungene Reparatur sich nicht gerade eine Vorstellung von dem machen, was mit dem Rock vor sich gegangen ist, sondern nur den schließlichen Erfolg sehen; daher mag es wohl kommen, daß man annimmt, es läge hier keine Sachbeschädigung, sondern bloß eine Verbesserung vor. Aber fragen wir einmal den Schneider selbst bei der Arbeit, wenn er damit beschäftigt ist, das beschädigte Stück Tuch herauszunehmen, ob er nicht selbst der Ansicht ist, daß das, was er gerade tut, zunächst nicht eine Verbesserung, sondern eine noch erheblichere Sachbeschädigung ist; daß dann freilich durch die weitere Tätigkeit des Schneiders dieser schädigende Erfolg wieder beseitigt wird, vermag an dem objektiven und subjektiven Charakter der zunächst vorliegenden Sachbeschädi-

gung nichts zu ändern. Ganz genau so verhält es sich beim operativen Eingriffe. Auch der Arzt nimmt zuerst, um der Krankheit auf den Grund zu kommen, eine weitere Körperverletzung vor. Durch die fernere Tätigkeit des Arztes, vielleicht auch durch die gesunde Konstitution des Patienten selbst, wird dieser Erfolg allerdings gewöhnlich wieder beseitigt. Es ist aber wieder eine neue Kette von Handlungen, die dann beginnt, und die an dem zunächst ungünstigen Erfolge des Eingriffs nichts zu ändern vermag.

Auch Heimberger[1]) ist grundsätzlich der Ansicht, daß im Strafrecht auch die sogenannten Zwischenerfolge berücksichtigt werden müssen und gibt auch im übrigen die Tatsache zu, daß durch die ärztlichen Eingriffe häufig oder vielleicht sogar in der Regel zunächst irgendwelche pathologische Zustände hervorgerufen werden. Aber so fragt er: „Haben wir hier Zwischenerfolge von strafrechtlicher Bedeutung vor uns?“ Ja, wenn man aber der Ansicht ist, daß im Strafrecht auch der Zwischenerfolg berücksichtigt werden muß, und wenn man weiter der Ansicht ist, daß wir es hier mit Zwischenerfolgen zu tun haben, worin liegt denn dann der Grund, daß gerade hier der Zwischenerfolg nicht von strafrechtlicher Bedeutung sein soll? Wo ist hier die Grenze zwischen Zwischenerfolgen, die strafrechtliche Bedeutung haben und solchen, die keine haben? Stellt nicht jeder Zwischenerfolg vom Standpunkte des Enderfolgs aus betrachtet etwas Unselbständiges dar? Ich vermisse hier das charakteristische, trennende Unterscheidungsmerkmal, und ich meine, wenn man, wie Heimberger es tut, die eine Tatsache zugibt, so sollte man auch die Konsequenzen daraus ziehen und zugeben, daß wir es hier im Uebergangsstadium mit Körperverletzungen zu tun haben, deren Strafbarkeit durch besondere Strafausschließungsgründe aufgehoben ist. Erfolg ist eben Erfolg, ob er nun Enderfolg oder Zwischenerfolg ist, und der Zwischenerfolg, der den Tatbestand des Gesetzes erfüllt, ist ebensogut Körperverletzung wie der Enderfolg. Eine stichhaltige Erklärung für das Gegenteil läßt sich hier nicht finden.

Eine bloße Beurteilung nach dem günstigen Enderfolge ist auch schon deshalb gar nicht angezeigt, weil bei den meisten Operationen sich der Erfolg noch gar nicht mit Sicherheit festlegen läßt. Die Folge davon wäre natürlich ein Stadium der Ungewißheit, währenddessen es in höchstem

[1]) Heimberger, a. a. O. S. 45 ff.

Grade zweifelhaft sein könnte, ob die vorgenommene Operation eine Körperverletzung ist oder nicht. Das würde aber einen Zustand der Rechtsunsicherheit mit sich bringen, der namentlich auch für die Entschliessungen der Aerzte störend und lähmend wirken müßte. Denn der Arzt müßte es sich dann wohl überlegen, ob er zu einem operativen Eingriffe schreitet und er könnte namentlich nur solche Operationen übernehmen, von denen er im voraus weiß, daß sie zu einem guten Erfolge führen. Dies hieße aber doch der ärztlichen Tätigkeit zu große Schranken auferlegen und es muß deshalb für richtig erkannt werden, den ärztlichen Eingriff einzig und allein nach den Zwischenerfolgen zu beurteilen. Ist das aber richtig, so kann ein begründeter Zweifel darüber, daß wir es beim operativen Eingriffe des Arztes mit einer vorsätzlichen Körperverletzung im Sinne des § 223 RStGB. zu tun haben, nicht mehr bestehen. Der Grund, warum aber diese vorsätzliche Körperverletzung nicht strafbar ist — eine fahrlässige richtet sich ja von selbst — ist der, daß die Rechtswidrigkeit der Handlung, die anfänglich vorhanden war, später wieder ausgeschlossen wird. Darüber aber besteht große Meinungsverschiedenheit, welches die Gründe der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit sind. Es hat sich, wie das bei der großen Lücke, die das Gesetz hier aufweist, ganz natürlich ist, eine ganze Reihe von Ansichten gebildet, die alle für sich das Recht in Anspruch nehmen, mehr oder weniger eine einwandfreie Lösung der Frage zu bringen.

Bevor wir aber auf die einzelnen bestehenden Theorien des näheren eingehen, wird es zweckmäßig sein, zuerst noch auf eine Ansicht einzugehen, die sich im großen und ganzen der von Stooß vertretenen Ansicht anschließt, sie zum mindesten als Grundlage benutzt, in einem wichtigen Punkte aber von ihr abweicht und dadurch eine neue Theorie für sich zu begründen sucht. Es ist dies die Ansicht von v. Bar[1]). v. Bar geht wie Stooß ebenfalls von der Ansicht aus, daß der in der Absicht zu heilen vorgenommene operative Eingriff keine Körperverletzung sei; er scheut sich aber offenbar, die Konsequenz aus dieser Ansicht zu ziehen. Stooß bleibt sich in dieser Beziehung wenigstens konsequent, wenn er behauptet, die der Heilkunde entsprechende ärztliche Behandlung sei niemals Körperverletzung. Ist dies richtig, so ist auch die gegen die Zustimmung des Behandelten vorgenommene Operation keine

[1]) Vgl. Aufsatz v. Bar, im Gerichtssaal Bd. 60, S. 81 ff.

Körperverletzung. Und in der Tat hat Stooß auch diese Folgerung gezogen. Diese notwendige Folge seiner Theorie scheint ihm aber selbst wenig Freude zu machen, weshalb er denn auch die Erlassung eines Polizeigesetzes empfiehlt, das die gegen die Zustimmung des Behandelten vorgenommene Operation unter Strafe stellt.

An diesem Punkte setzt nun v. Bars abweichender Standpunkt ein. Auch er findet es offenbar als Mangel, daß nach der Stooß'schen Theorie dem Operierenden ein unbeschränktes Verfügungsrecht über den Körper des Patienten eingeräumt werden soll und er ist deshalb der Ansicht, daß für die Beurteilung der Frage, ob wir es mit einer Körperverletzung zu tun haben oder nicht, die Zustimmung des Patienten von entscheidendem Einflusse sei. Er stellt deshalb den Satz auf: „Die mit Zustimmung des Betroffenen zum Zwecke der Heilung und nach den Regeln der ärztlichen Wissenschaft für ratsam erklärte und nach den Regeln eben dieser Wissenschaft auch richtig ausgeführte Operation ist keine Körperverletzung im Sinne des Gesetzes [1])". Also nicht etwa Strafausschließungsgrund soll die Einwilligung des Verletzten sein, sondern im Falle ihres Vorliegens soll der Tatbestand der Körperverletzung nicht gegeben sein, während die gleiche Handlung beim Fehlen dieser Einwilligung den Tatbestand des § 223 RStGB. erfüllen soll. Das Ergebnis wäre aber ein höchst merkwürdiges; also der Verletzte selbst soll über den rechtlichen Charakter der Handlung entscheiden, nicht etwa bloß über die Strafbarkeit. Diese Auffassung aber trägt den Stempel der Unrichtigkeit schon an ihrer Stirn. Wenn die der Heilkunde entsprechende ärztliche Behandlung niemals Körperverletzung ihrer rechtlichen Natur nach ist, dann ist sie es auch nicht, selbst wenn die Zustimmung des Behandelten fehlt. Wenn man aber gleichwohl hier die Notwendigkeit einer Bestrafung erkennen will, so läge die strafbare Handlung doch offenbar in einem Vergehen gegen die persönliche Freiheit des Behandelten und nicht in einem Vergehen gegen seine Körperintegrität. Denn die Handlung ist doch in beiden Fällen in der Absicht unternommen, den Patienten nicht zu schädigen, sondern ihm die verlorene Gesundheit wieder zu geben und das genügt ja nach der Ansicht der Gegner, um den Begriff der Körperverletzung auszuschließen. Es kann also in diesem Falle, um den Begriff der Körperverletzung zu begründen, gar nicht

[1]) v. Bar, a. a. O. S. 95 ff.

mehr auf die Frage der Einwilligung des Patienten ankommen. Entweder es erfüllt — und dieser Ansicht schließe ich mich an — der operative Eingriff den Begriff der Körperverletzung, wobei dann aber die Strafbarkeit, wie später noch gezeigt werden wird, wegen des Eintritts besonderer Strafausschließungsgründe entfällt, oder aber der operative Eingriff ist, wie Stooß dies ausführt, schon seiner rechtlichen Natur nach keine Körperverletzung. Dann kann er es aber auch nicht sein, wenn der Behandelte seine Einwilligung zur Operation nicht erteilt, sondern in diesem Falle könnte nur der § 239 oder 240 RStGB. zu einem befriedigenden Resultate führen. Aus diesen Gründen ist die Ansicht v. Bars, die einen notwendig objektiven Begriff subjektivieren will, abzulehnen.

III. Kapitel.

Der operative Eingriff ist Körperverletzung. Die verschiedenen Theorien der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit.

Das Ergebnis der vorstehenden Ausführungen ist also kurz das folgende:

„Jeder chirurgische Eingriff, sei es der des Arztes oder des Nichtarztes stellt sich seinem äußeren Geschehen nach als eine Verletzung der körperlichen Unversehrtheit, bezw. als eine Störung des körperlichen Wohlbefindens des Patienten dar und verwirklicht somit ohne Zweifel den objektiven Tatbestand des § 223 RStGB. Das geben die Gegner (Stooß) ohne weiteres zu für den Fall des erfolglosen operativen Eingriffes; es muß aber, wie wir im vorhergehenden gesehen haben, ebenso gelten für den erfolgreichen operativen Eingriff. Aber damit nicht genug, ich gehe weiter und sage: der Operierende erfüllt nicht nur den objektiven, sondern auch den subjektiven Tatbestand der Körperverletzung; er will in die Körperintegrität des Patienten eingreifen und er ist sich auch bewußt, daß er dessen körperliches Wohlbefinden, wenn auch nur auf kurze Zeit, stören wird. Die Absicht, das Motiv, das er dabei verfolgt, geht allerdings über diesen momentanen Zwischenerfolg hinaus. Motiv und Vorsatz sind aber zwei ganz getrennte Begriffe, jedenfalls darf man die beiden nicht

miteinander verwechseln, wie es mit Recht Stooß und seinen Anhängern zum Vorwurf gemacht wird. Auch der Zwischenerfolg ist ein Erfolg, der strafrechtlich in Betracht kommt, und wenn er den Tatbestand einer strafbaren Handlung erfüllt und der Vorsatz sich darauf erstreckt, so ist kein Grund einzusehen, warum wir es hier nicht subjektiv wie objektiv mit dem Begriff der Körperverletzung zu tun haben sollten. Daß dieser Eingriff unter bestimmten Voraussetzungen nicht strafbar ist, hat man allerdings von jeher angenommen und nimmt es auch heute noch an. Der Grund hiefür ist aber nicht etwa der, daß man das Vorliegen einer Körperverletzung für nicht gegeben hält, sondern der Grund ist der, daß hier wie in so vielen anderen ähnlichen Fällen die an und für sich gegebene Rechtswidrigkeit der Handlung aus irgend einem Grunde wieder ausgeschlossen wird. Das Gesetz freilich enthält keine Bestimmung, welche den chirurgischen Eingriff als erlaubt erklärt, vielmehr muß, wer die Straflosigkeit des chirurgischen Eingriffes dartun will, versuchen, aus allgemeinen Grundsätzen der Rechtsordnung zu entwickeln, daß und eventuell unter welchen Modalitäten die im chirurgischen Eingriffe gegebene Körperverletzung ausnahmsweise als nicht rechtswidrig erscheint. Die größere Anzahl der Schriftsteller hat sich auch in der Tat dieser letzteren Ansicht angeschlossen und angenommen, daß der operative Eingriff den Tatbestand der Körperverletzung erfülle [1]). Ueber die Gründe aber, welche die Rechtswidrigkeit und damit die Strafbarkeit der Handlung ausschließen, besteht große Meinungsverschiedenheit. Die einen sehen den Rechtfertigungsgrund für die Straflosigkeit des operativen Eingriffs in der Einwilligung des Verletzten. So namentlich das Reichsgericht in seinen viel zitierten Entscheidungen B. 25, S. 375 und B. 38, S. 34. Andere [2]) wieder konstruieren ein originäres Recht zum Eingriffe. Wir wollen nun im folgenden versuchen, nachzuweisen, welche dieser Ansichten die richtige ist und auch die Gründe des näheren erörtern, aus denen die abweichenden Ansichten abzulehnen sind.

---

[1]) Diese Ansicht wird namentlich vertreten von Oppenheim. Dietrich, v. Lilienthal, Finger, Olshausen, Meyer-Allfeld, v. Liszt, R. Schmidt u. A. in ihren angeführten Schriften.

[2]) So namentlich Oppenheim, das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen an Kranken und Gesunden. Basel 1892. Franz v. Liszt, Lehrbuch Berlin 1908, Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch, Anmerkungen zu § 223 RStGB. Richard Schmidt, die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für verletzende Eingriffe, Jena 1900. A. Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin 1904 u. a. mehr.

Zunächst kommt in Betracht die Ansicht des Reichsgerichts[1]), das davon ausgeht, daß durch die Einwilligung des Verletzten beim operativen Eingriffe die Rechtswidrigkeit der Handlung ausgeschlossen werde. Auch andere Schriftsteller[2]) vertreten diese Auffassung, indem sie von der Ansicht ausgehen, der Satz „volenti non fit iniuria" gelte für jede körperliche Verletzung, d. h. wenn jemand zustimme, so könne man ihm die schwersten Körperverletzungen zufügen, ohne sich dadurch strafbar zu machen.

In dieser Allgemeinheit ausgesprochen ist der Satz nun zweifellos nicht richtig; zuzugeben ist, daß in einer sehr großen Anzahl von Fällen die Einwilligung die notwendige Bedingung ist, um das Recht des Arztes zu begründen, die Handlung straflos vornehmen zu können. Denn es hieße doch der Willensfreiheit des Menschen zuviel der Schranken aufzuerlegen, wollte man seinem Entschlusse gar keine Geltung beilegen und dem Arzte einfach das Recht geben, ohne Rücksicht auf den Willen des Patienten über dessen Körper verfügen zu können. Allein das rechtliche Fundament für die Straflosigkeit des ärztlichen Eingriffes kann die Einwilligung nicht abgeben. Der oben angeführte Satz findet weder in der Rechtsprechung noch in der Praxis allgemeine Anerkennung. Die ältere Theorie freilich hat diesen Satz anstandslos genehmigt und ihn sich zu eigen gemacht. In neuerer Zeit hat er aber und zwar mit Recht vielfachen Widerspruch erfahren. Nirgends im Gesetz ist ausgesprochen, daß eine Handlung dadurch, daß derjenige, gegen dessen Rechtsgut sich die Handlung richtet, in die Verletzung einstimmt, ihre Rechtswidrigkeit und damit ihre Strafbarkeit verliert. Ueberhaupt ist die Lehre vom Ausschlusse der Rechtswidrigkeit im Gesetz so stiefmütterlich behandelt, daß man sich nicht darüber wundern kann, wenn daraus eine Menge von Streitigkeiten in Literatur und Praxis entstanden sind. Auch der Satz „volenti non fit iniuria" verdankt dieser Gesetzeslücke seine Entstehung und in der Tat auf den ersten Blick hat er etwas Selbstverständliches für sich. Denn es kann wirklich sich niemand beschweren, wenn ihm etwas zugefügt wird, was er selbst gewollt hat. Nur muß er auch in der Tat zur Verfügung über dieses Rechtsgut, das mit seiner Einwilligung verletzt wird, allein berechtigt sein; das wird z. B. der Fall sein

---

[1]) Vgl. Entscheidungen d. RG. in Strafsachen Bd. 25, S. 375 ff. Bd. 38, S. 34ff.

[2]) So Kessler, die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung 1884, S. 72 ff. Binding, Handbuch I. S. 722 ff.

bei allen Vermögensrechten. Wer selbst über einen Gegenstand zu verfügen berechtigt ist, der kann ihm auch selbst eine Beschädigung zufügen und wer dieses Recht hat, der kann auch einem andern sicher das Recht geben, solche verletzende Manipulationen daran vorzunehmen. Sobald aber an diesem Rechtsgut auch noch ein Dritter ein Anrecht hat, oder sobald die Verfügung über dieses Rechtsgut als etwas Unsittliches, als etwas dem sozialen Empfinden Widerstreitendes erscheint, verliert der Satz seine Berechtigung und wirkt irreführend. Das beste Beispiel für die Richtigkeit dieses Gedankens gewährt uns das Strafgesetzbuch selbst, indem es in § 142 RStGB. denjenigen, der sich durch Selbstverstümmelung zur Erfüllung der Wehrpflicht untauglich macht oder durch einen andern untauglich machen läßt, mit Gefängnis nicht unter einem Jahr bestraft. Es liegt hier offenbar der Gedanke zugrunde, daß die an und für sich erlaubte Selbstverstümmelung dann nicht mehr erlaubt sein kann, wenn der Betreffende dadurch zugleich in die Rechtssphäre eines andern eingreift. Und dieser andere ist hier der Staat. Der Staat hat ein Recht darauf, daß derjenige, der dazu fähig ist, in Zeiten der Gefahr für seinen Bestand eintritt und er verlangt unter Umständen sogar die Opferung des Lebens im Interesse der Allgemeinheit. Auf der anderen Seite muß aber auch jeder Einzelne das Recht haben, über seinen Körper zu verfügen wie er will. Er darf sich Verletzungen zufügen, er darf sich selbst der Freiheit berauben, er darf sich sogar selbst das Leben nehmen, ohne daß diese Handlungen an und für sich strafbar wären und was er selbst straflos an sich vornehmen kann, das kann er auch straflos einem andern gestatten. Nur darf er durch diese Handlung nicht in das Rechtsgut eines Dritten eingreifen, sonst wird die Handlung sofort als Verletzung eines fremden Rechtsgutes strafbar. Diese Voraussetzung ist aber im Falle des § 142 RStGB. gegeben. Der sich selbst Verstümmelnde will sich seiner Pflicht gegenüber dem Vaterlande entziehen und dieses Verhalten macht die Handlung erst zu einer strafbaren.

Ganz ähnlich liegt die Sache, wenn es sich um die Strafbarkeit einer Handlung dreht, zu der der Verletzte selbst seine Einwilligung gegeben hat, die er vielleicht selbst provoziert hat, die aber im übrigen gegen das Sittengesetz verstößt. Auch hiefür bietet das Strafgesetzbuch Beispiele genug. Der § 176, Ziffer 3 bedroht denjenigen mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren, der mit Personen unter 14 Jahren unzüchtige Handlungen vornimmt. Nun wird es zwar nicht

die Regel sein, jedenfalls liegt es aber sehr im Bereiche der tatsächlichen Möglichkeit, daß die verletzte Person nicht nur zugestimmt, sondern sogar direkt dazu angestiftet hat, die unzüchtige Handlung an ihr vorzunehmen. Nach dem Grundsatz „volenti non fit iniuria“ müßte also hier die Strafbarkeit entfallen. Und doch ist dieser Gedanke unrichtig. Auch wenn die verletzte Person selbst zugestimmt hat, bleibt die Handlung strafbar; denn die Handlung erscheint, ohne Rücksicht auf die Tatsache der Einwilligung, als eine sozial gefährliche und, sobald diese Voraussetzung erfüllt ist, hat die Einwilligung nicht die Kraft, die Rechtswidrigkeit der Handlung zu beseitigen. Der Staat kann aber wohl für sich das Recht in Anspruch nehmen, eine Handlung als sittenwidrig und damit als rechtswidrig zu bezeichnen, auch wenn sie der Einzelne als eine Verletzung seiner Rechtsgüter garnicht erachtet. Auch noch andere Beispiele sprechen für die Richtigkeit dieses Satzes. So ist die Strafbarkeit des Wucherers keineswegs ausgeschlossen, wenn der Bewucherte selbst in seinem Leichtsinn der Urheber des wucherischen Rechtsgeschäftes war, sondern die Handlung bleibt nach wie vor als ein unsittliches Geschäft strafbar. Der gleiche Gedanke ist es auch, der uns die Strafbarkeit des § 216 RStGB. erklärlich macht. Nicht das Interesse der Staatssicherheit, wie man oft als Erklärung für die Strafbarkeit dieser Handlung findet, zwingt den Staat die Handlung unter Strafe zu stellen, sondern es ist einzig und allein, wie die Motive zum Strafgesetzbuche dies auch einwandfrei feststellten, die Ansicht des Gesetzgebers, daß der Selbstmord etwas Unsittliches sei und deshalb habe das gleiche auch von der Tötung des Einwilligenden zu gelten. Ob allerdings diese Ansicht als richtig zu betrachten ist, darüber läßt sich streiten. Sie läßt sich jedenfalls verschieden beantworten, je nach der Weltanschauung, der man sich anschließt. Jedenfalls hat sie aber der Gesetzgeber seiner Auffassung zugrunde gelegt und mit ihr müssen wir uns deshalb abfinden. In allen diesen Fällen entfällt trotz der Einwilligung des Verletzten die Strafbarkeit der Handlung nicht, da es die soziale Gefährlichkeit der Handlung ist, welche der Gesetzgeber bestraft haben will. Dabei kann es auf die Einwilligung des Verletzten nicht ankommen. Denn an der Natur einer Handlung als einer unsittlichen vermag die Einwilligung nichts zu ändern. Straflos macht die Einwilligung eine Handlung nur dann, wenn dadurch nicht zugleich in das Rechtsgut eines andern eingegriffen oder nicht die Handlung dem Staate als eine schwer un-

sittliche erscheint. Aus diesen Gründen ist die allgemeine Gültigkeit des Satzes „volenti non fit iniuria“ schlechthin abzulehnen. Nur wenn die beiden oben erwähnten Ausnahmen nicht vorliegen, hat die Einwilligung die Kraft, die Straflosigkeit einer an und für sich strafbaren Handlung zu begründen.

Diese entwickelten Grundsätze gewähren uns den Schlüssel für die Behandlung der Frage, welchen Einfluß die Einwilligung bei der Körperverletzung hat, ob mit a. W. die Einwilligung das Fundament für die Straflosigkeit des operativen Eingriffs abgeben kann. Wenn durch die Handlung, zu der der Einwilligende seine Zustimmung gibt, nicht zugleich in das Rechtsgut eines andern eingegriffen wird oder nicht die Handlung ohne Rücksicht auf die Einwilligung als eine unsittliche erscheint, so wird man bei der Körperverletzung grundsätzlich der Einwilligung wohl die Kraft zuschreiben können und dürfen, die Rechtswidrigkeit zu beseitigen. Beides trifft aber bei dem operativen Eingriffe und damit bei der Körperverletzung, soviel ich sehe, nirgends zu; ein Recht an der einzelnen Person, das der Staat im Interesse der Selbsterhaltung hat, hat der Einzelne wohl nur dann, wenn er im Vollbesitze seiner physischen Kraft ist, nicht aber dann, wenn er krank ist und es erst eines operativen Eingriffs bedarf, um ihn wiederherzustellen. Im Gegenteil, durch diesen operativen Eingriff wird es dem Staate erst wieder ermöglicht, sein Recht geltend zu machen. Denn auf kranke Personen kann der Staat nicht Anspruch erheben, wenn es gilt seine Interessen zu verteidigen. Durch einen operativen Eingriff wird deshalb in keiner Weise in das Recht des Staates eingegriffen, im Gegenteil sein Interesse wird noch gefördert. Dieser Gesichtspunkt scheidet also bei der Betrachtung vollkommen aus, er wird auch in der Praxis der seltenere sein und es bleibt nur noch die Frage zu erörtern übrig, ob nicht die Handlung, zu der der Verletzte seine Einwilligung gibt, nicht als ein sozial gefährliches Tun ohne Rücksicht auf die Einwilligung vom Staate unter Strafe gestellt wird.

Aber auch diese Frage dürfte ohne Zweifel zu verneinen sein ohne Rücksicht darauf, ob es sich um eine leichte oder schwere Körperverletzung handelt, zu der der Verletzte seine Einwilligung erteilt. Bei leichten Körperverletzungen lehrt das ja auch die tägliche Erfahrung, daß die Einwilligung die Rechtswidrigkeit beseitigt. Das beste Beispiel hiefür sind die zahlreichen Jugend- und sonstigen gymnastischen Spiele, bei denen es ohne Stöße und sonstige

Tätlichkeiten gar nicht abgeht. Auch bei Boxkämpfen, bei Ringkämpfen liegt der Fall nicht anders. Und doch ist kein vernünftiger Mensch versucht, hier eine ununterbrochene Reihe von strafbaren Körperverletzungen anzunehmen. Hier ist es eben die Einwilligung, welche die Rechtswidrigkeit der Handlung beseitigt, so daß von einer Strafbarkeit keine Rede sein kann. Aber auch bei der schweren Körperverletzung handelt der einzelne durchaus nicht dem Sittengesetz entgegen, wenn er, wie das ja meist nur beim operativen Eingriffe geschehen wird, seine Einwilligung zu einer Handlung gibt, von der er der festen Ueberzeugung ist, daß sie ihm seine verlorene Gesundheit wieder ersetzen wird; ist aber das der Fall, so vermag die Einwilligung auch bei der schweren Körperverletzung die Rechtswidrigkeit in der Regel auszuschließen.

Die Einwilligung braucht nicht gerade ausdrücklich erklärt zu sein, sie kann auch stillschweigend gegeben sein. Dies wird man z. B. immer annehmen müssen, wenn sich der Kranke in die Behandlung eines Arztes begibt zur Vornahme einer bestimmten Operation und dabei nicht ausdrücklich gewissen Handlungen seine Zustimmung versagt haben will. Denn in diesem Falle wird man annehmen müssen, daß sich die Zustimmung auf alle Tätigkeiten erstreckt, die mit der Operation selbst in unmittelbarem Zusammenhange stehen; nur darf offenbar die Tätigkeit des Arztes nicht soweit gehen, daß sie eine neue selbständige Operation darstellt; denn dann kann eine bloß stillschweigend erklärte Zustimmung nimmermehr genügen, weil der Willkür des Arztes dann Tür und Tor geöffnet wäre. Sonst aber wird der Operierende, sei es Arzt oder Nichtarzt, schon in sehr vielen Fällen durch die Einwilligung des Verletzten gedeckt sein.

Allein eine Schwäche trägt diese Beweisführung notwendig in sich, und diese ist es auch, welche dazu zwingt, sie nicht als allgemeine Grundregel für den Ausschluß der Rechtswidrigkeit anzuerkennen; das ist der Umstand, daß sie nur einen Teil der in der Praxis vorkommenden Fälle deckt, daß sie namentlich dort versagt, wo die Einwilligung des Verletzten entweder gar nicht oder wenigstens nicht sofort zu erlangen ist; es gibt eben doch viele Fälle, in denen es ganz ausgeschlossen ist, die Zustimmung des zu Verletzenden zur Operation zu erlangen, sei es, daß der Patient sich in einem, die freie Willensbetätigung ausschließenden Zustande befindet, und doch bei Gefahr im Verzug gehandelt werden muß, sei es, daß der Patient

seine Einwilligung zu einer ganz bestimmt vorzunehmenden und genau bezeichneten Operation erteilt hat und sich nun während der Tätigkeit des Arztes herausstellt, daß die Operation, zu der der Patient seine Zustimmung gegeben hat, nicht imstande ist, die Gesundheit des Patienten wiederherzustellen, sondern, daß dazu eine neue, weitergehende Operation erforderlich ist, sollen sich nicht für den Kranken die schlimmsten Nachteile ergeben. Es fehlt zwar nicht an Ansichten, die auch für diese Fälle die Einwilligung als den rechtfertigenden Grund für die Rechtmäßigkeit des operativen Eingriffs gelten lassen wollen, indem sie davon ausgehen, daß zwar nicht eine ausdrückliche, wohl aber eine mutmaßliche Einwilligung vorliege. In ihren Wirkungen seien beide aber gleich. Man geht von der Annahme aus, daß der Verletzte sicherlich zugestimmt haben würde, wenn ihm die Sachlage bekannt gewesen wäre. Diese Ansicht vertritt namentlich das Reichsgericht in neuester Zeit[1]). Sie dürfte indeß nicht richtig sein. Für das Zivilrecht ist es ohne Zweifel gesetzmäßig anerkannt und entspricht auch der rechtlichen Notwendigkeit, in gewissen Fällen von Präsumptionen auszugehen. Ich erinnere nur an das Verfahren bei Todeserklärungen von Personen. Für den Strafrichter muß aber das Operieren mit Präsumptionen so gut wie ausgeschlossen erscheinen, es kann nur Geltung haben, wo es von dem Gesetzgeber ausdrücklich für zulässig erklärt ist. Dies ist auch in unserer Strafprozeßordnung geschehen, z. B. beim Verfahren gegen abwesende Wehrpflichtige. In Ermanglung aber einer solchen gesetzlichen Ermächtigung muß es für den Strafrichter strenge verpönt sein, von solchen Mutmaßungen auszugehen, da die Gefahr für unsere Strafrechtspflege doch zu groß ist. Die Bestimmungen, auch die des Zivilrechts über gesetzliche Vermutungen sind immer Ausnahmen und müssen es bleiben. Nur der Gesetzgeber selbst vermag ihnen rechtliche Wirksamkeit zu verleihen. Die Ansicht des Reichsgerichts wäre also richtig, wenn sie im Gesetze eine genügende Stütze fände; diesen Beweis zu führen, hat aber bis jetzt noch niemand versucht. Aus diesen Gründen dürfte also die Theorie von der mutmaßlichen Einwilligung abzulehnen sein.

Sogleich taucht aber wieder eine andere strittige Frage auf. Wenn man nun auch mit Präsumptionen nicht arbeiten kann, so wird dennoch in vielen Fällen, so mag man ein-

[1]) Vergl. das Urteil des Reichsgerichts vom 31. Mai 1894 (abgedruckt bei Stooß S. 113) und Urteil vom 27. Mai 1908 in der Juristischen Wochenschrift 1908 S. 480 ff., ähnlich auch v. Lilienthal, a. a. O. S. 42.

wenden, namentlich dann, wenn die Operation zu einem günstigen Resultat geführt hat, der Patient nachträglich seine Einwilligung zu dem operativen Eingriffe erteilen und dann ist die Handlung gleichwohl als von Anfang an für rechtmäßig zu erachten. Auch diese Ansicht ist falsch und beruht hauptsächlich darauf, daß das rein zivilrechtliche Institut der Genehmigung in das Gebiet des öffentlichen Rechts hinüber getragen wurde. Für das Strafrecht aber als öffentliches Recht steht ein für allemale fest, daß der einmal entstandene Strafanspruch des Staates nicht durch die Willkür von Privatpersonen beseitigt werden kann. Der Verletzte kann durch seine nachträgliche Genehmigung die einmal bewirkte Körperverletzung nicht ungeschehen machen, objektiv und subjektiv ist der Tatbestand der Körperverletzung vollkommen gegeben und damit die Handlung strafbar geworden. Wenn der Verletzte nachträglich seine Genehmigung erteilt, so kann dies rechtlich keine weitere Bedeutung haben als die einer Verzeihung, die aber für den Strafanspruch des Staates weiter nicht in Betracht kommt [1]). Die Genehmigung des § 182 bezw. 184 BGB., die man offenbar im Auge hat, bewegt sich auf einem ganz anderen Gebiete, als es hier in Betracht kommt. Sie bezieht sich auf die Wirksamkeit von Verträgen, von Rechtsgeschäften, die zwischen zwei Personen abgeschlossen werden und hat immer nur das eine zur Folge, daß ein sonst unwirksames Geschäft durch die Genehmigung rechtswirksam wird, nie aber kann sie bewirken, daß eine rechtswidrige, d. h. gegen die allgemeine Norm verstoßende Handlung zu einer rechtmäßigen werde.

Alle diese Umstände haben es gerechtfertigt erscheinen lassen, die Einwilligung als das Fundament für die Rechtmäßigkeit des operativen Eingriffs aufzugeben und sich anderen Erklärungsgründen zuzuwenden. Die neuere Literatur hat deshalb auch großenteils diesen lange gehaltenen Standpunkt verlassen und ist zum Teil ganz neue Wege gegangen, ohne daß diese jedoch bis jetzt zu ganz befriedigenden Resultaten geführt hätten. Man ist namentlich dazu übergegangen, die Rechtmäßigkeit des operativen Eingriffs nicht mehr aus der Person des Operierten selbst zu erklären, sondern hat ein von dem Willen des Patienten unabhängiges Recht zum operativen Eingriffe konstruiert.

---

[1]) So namentlich auch das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 31. Mai 1894 (abgedruckt bei Stooß S. 117).

Dabei hat man sich teils auf das Gewohnheitsrecht gestützt, teils hat man den ärztlichen Beruf zum Ausgangspunkt genommen, teils sieht man in dem Zweck des ärztlichen Handelns den Grund für den Ausschluß der Rechtswidrigkeit. Den ersteren Standpunkt vertritt namentlich Oppenheim in seiner Abhandlung: „Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen an Kranken und Gesunden“ [1]). Er geht hier ganz richtig von der Ansicht aus, daß der operative Eingriff den Tatbestand der Körperverletzung erfülle. Da er aber den Grund für die Rechtmäßigkeit des operativen Eingriffs im Gesetze nicht finden kann, so suchte er einen anderen Weg, der es ihm ermöglichen sollte, doch auf der Grundlage des Gesetzes die Rechtmäßigkeit des operativen Eingriffes zu erklären. Diesen anderen Weg fand er im Gewohnheitsrechte, denn, so sagte er sich, eine andere Rechtsquelle steht uns außer dem gesetzten Rechte nicht zur Verfügung. Diesen Gedanken nimmt er dann zum Ausgangspunkt seiner Theorie und sucht ihn des weiteren zu begrüuden. Er geht davon aus, daß in der Jetztzeit sowohl wie seit undenklichen Zeiten operative Eingriffe anstandslos vorgenommen wurden und zwar nicht auf Grund einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung, sondern trotz des Umstandes, daß die Gesetze über ihre Erlaubtheit sich nicht aussprechen. Ist aber das der Fall, so führt er weiter aus, so ist die Erklärung für die Erlaubtheit des operativen Eingriffs damit schon gegeben, und es bedarf weiterer Versuche, die Straflosigkeit des operativen Eingriffs auf anderem Wege darzutun, nicht. „Die Tatsache erklärt sich juristisch vielmehr aus sich selbst, sie ist eine solche des Gewohnheitsrechts. Der ärztliche Zweck ist das gewohnheitsrechtliche Fundament des Rechts zum ärztlichen Eingriff, das dieses Recht konstituierende Moment“ [2]). Diesen Satz machte er zur Grundlage seiner Abhandlung; allein er begnügte sich nicht damit, seine Berechtigung einwandfrei nachzuweisen, sondern er stellte neben dem ärztlichen Zweck noch eine ganze Reihe weiterer Bedingungen auf, die in den einzelnen Fällen vorliegen müssen, wenn der Eingriff ein berechtigter sein soll. „Die ärztlichen Zwecke, so sagt er, geben eben nicht unbedingt, sondern nur bedingt gewohnheitsrechtlich die Befugnis zu Eingriffen an Menschen“ [3]). Auch diese Bedingungen, die

[1]) Erschienen Basel. 1892; ihm hat sich angeschlossen H. Wolf, Die strafrechtliche Haftbarkeit der Aerzte, Dissertation (ohne Jahreszahl).

[2]) Oppenheim, a. a. O. S. 19.

[3]) Oppenheim, a. a. O. S. 20.

mit vorliegen müssen, damit im einzelnen Falle die Berechtigung besteht, Eingriffe zu ärztlichem Zwecke vorzunehmen, leitet Oppenheim aus dem Gewohnheitsrechte ab. Und so kommt er, von dieser Voraussetzung ausgehend, durch die Beobachtung der Praxis erfahrener Aerzte zur Aufstellung einer ganzen Anzahl einzelner Regeln, welche die Erlaubtheit des ärztlichen Eingriffs im einzelnen Falle dartun sollen und diese einzelnen Regeln bezeichnet er ebenfalls als Sätze des Gewohnheitsrechts.

Es ist zwar nicht zu leugnen, daß Oppenheim mit der Aufstellung dieser Regeln namentlich auch in Aerztekreisen sich viele Freunde erworben hat. Stellen sie doch einen Codex dessen dar, was der besonnene Arzt sich zur Regel macht; sie bilden gleichsam eine kurze Anleitung, wie sich der Arzt in allen zweifelhaften Fällen zu verhalten hat. Auch für den Juristen ist ihr Studium sehr anregend, und je mehr man sich in sie vertieft, desto mehr merkt man, mit welch großem Interesse und mit welch hingebender Aufmerksamkeit Oppenheim hier dem Arzte auf sein Gebiet gefolgt ist. Auch in seinen Ergebnissen wird man ihm größtenteils zustimmen können; denn die Regeln, die er aufstellt, sind tatsächlich Maßregeln, welche unsere Aerzte schon lange zu beobachten pflegen. Ob aber ihre Fundamentierung auf dem Gewohnheitsrecht richtig ist, ist eine andere Frage. Ich möchte es bezweifeln. Es fehlt m. E. namentlich an dem Nachweis, daß diese Regeln, die er auf aufstellt, nicht nur Verhaltungsmaßregeln, sondern tatsächlich im Gewohnheitsrechte begründete Rechtsregeln für den Arzt sind. Daß sie ärztliche Uebung und insofern Gewohnheitsrecht für den Arzt sind, wird niemand in Abrede stellen, allein der Jurist versteht unter Gewohnheitsrecht nicht Sätze, die für einen gewissen Kreis des Volkes ein bestimmtes Verhalten bei besonderen Anlässen vorschreiben, sondern Satze, die in die Rechtsüberzeugung des Volkes übergegangen und so in ihr Wurzel gefaßt haben, daß das Volk von ihrer Notwendigkeit überzeugt ist, die auch durch langandauernde Uebung eine so konkrete feste Gestalt angenommen haben, daß die Rechtsprechung sie zur Grundlage ihrer Entscheidungen machen kann. Das aber gerade fehlt den Oppenheim'schen Sätzen. Ich erachte zwar, wie er selbst, den ärztlichen Zweck grandsätzlich als den Rechtfertigungsgrund für die Straflosigkeit des operativen Eingriffs, aber dessen Zurückführung und Anerkennung durch ein Gewohnheitsrecht halte ich für verfehlt. Ich gehe zwar nicht soweit wie

v. Lilienthal[1]), der dem Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete des Strafrechts jede rechtserzeugende Kraft abspricht und daher aus diesem Grunde schon Oppenheim's Beweisführung ablehnt. Allein an einer ganz anderen Schwäche krankt diese Beweisführung: Es ist der Mangel des Nachweises, daß diese Sätze, wie Oppenheim sie aufstellt, tatsächlich zur Rechtsüberzeugung des Volkes geworden sind, es fehlen Belege, einer längere Zeit hindurch sich hinziehenden konstanten Gerichtspraxis, es fehlt auch namentlich die Anführung von Schriftstellern, die sich in Zitaten und Abhandlungen zu Trägern einer communis opinio gemacht haben. Die Regeln, die Oppenheim aufstellt, entsprechen zwar sicher den Gepflogenheiten des ärztlichen Standes und darum befriedigt ihr Ergebnis auch in so hohem Grade. Damit ist aber doch nur bewiesen, daß die Regeln zur Gewohnheit der Aerzte geworden sind, nicht aber, daß sie Rechtsregeln des Volkes geworden sind; den letzteren Beweis hat Oppenheim zu führen unterlassen. Seine Regeln stellen in kasuistischer Weise Fälle auf, denen man ja sofort anmerkt, daß sie der Praxis besonnener Aerzte entnommen sind, aber schon ihre ganze äußere Form und Gestaltung zeigt, daß wir es hier nicht mit einem durch Jahrhunderte hindurch gebrauchten Satze des Volksrechts zu tun haben, sondern daß das, was uns hier geboten wird, mühsame Gedankenarbeit ist, die an der Hand praktischer Fälle zusammengestellt ist. Ein Satz des Gewohnheitsrechts nimmt ganz andere Formen an, als diese Sätze Oppenheims; er muß, damit er im Volksgeiste sich weiter fortpflanzen kann, möglichst einfach und klar sein; solche Sätze haften im Gedächtnis des Volkes, sie pflanzen sich von Geschlecht zu Geschlecht fort und stehen ebenbürtig neben dem gesetzten Recht. Ein solcher Satz des Gewohnheitsrechts, der sich schon Jahrhunderte lang bei allen Völkern fortgeerbt hat und der so ziemlich überall Anerkennung gefunden hat, auch schon lange, bevor es geschriebenes Recht überhaupt gegeben hat, ist der Satz von der Erlaubtheit des tätlichen Angriffs auf Seiten desjenigen, der sich in Notwehr befindet. Dieser Satz, in seine einfachste Form gekleidet, lautet etwa: Es ist erlaubt, bei vorliegender Notwehr dem Angreifer sich mit Gewalt zu widersetzen, ihn zu verwunden und eventuell sogar zu töten. So vermag das Volk den Sinn zu erfassen und den Gedanken auch praktisch zu betätigen. Aehnlich

[1]) v. Lilienthal a. a. O. S. 34.

müßte auch das Gewohnheitsrecht Oppenheim's gefaßt sein, vielleicht folgendermaßen: beim Vorliegen eines krankhaften Zustandes ist es erlaubt, durch operative Eingriffe in den Organismus des Kranken einzugreifen, ihn sogar zu verletzen, wenn Heilung auf anderem Wege nicht zu erlangen ist. In diese einfachen, auch dem Laien leicht verständlichen Worte ist aber Oppenheim's Regel nicht gekleidet, sondern er stellt eine ganze Reihe von Einzelsätzen, die alle besonderen praktischen Fällen entnommen sind, auf und beansprucht für einen jeden dieser Sätze, daß er durch Gewohnheitsrecht entstanden sei. Dies einwandfrei nachzuweisen, ist aber Oppenheim nicht geglückt; seine Ansicht ist daher abzulehnen, mögen auch seine Anschauungen dem Empfinden weiter Kreise entsprechen.

Einen ähnlichen Standpunkt vertreten auch Richard Schmidt[1]) und Behr[2]), indem sie die ärztliche Regel als Rechtfertigungsgrund für die Straflosigkeit des operativen Eingriffs betrachten. Alle Handlungen, die von einem verständigen und besonnenen Arzte am Körper des Kranken nach den Regeln ärztlicher Kunst und Wissenschaft vorgenommen würden, seien nicht rechtswidrig. Dieser Satz sei schon längst Gewohnheitsrecht geworden, da sich eine Bestätigung dieses Satzes im geschriebenen Recht nicht finde und trotzdem schon seit undenklichen Zeiten Eingriffe am Körper des Kranken geschehen, ohne daß diese strafbar seien. Im Großen und Ganzen kommt also ihre Ansicht ebenfalls auf einen Beweis durch das Gewohnheitsrecht hinaus. Ein solcher Beweis durch das Gewohnheitsrecht dürfte aber abzulehnen sein aus den schon oben angeführten Gründen.

Am weitesten Verbreitung hatte jedenfalls früher die Lehre vom ärztlichen Berufsrechte[3]). Sie geht wieder einen anderen Weg als die anderen Theorien und geht von der Ansicht aus, daß der Beruf des Arztes es sei, der die Befugnis gewähre, eine an sich sonst strafbare Handlung ungestraft vornehmen zu dürfen. Wenn der Staat einen Beruf als berechtigt anerkenne, so könne er eine Handlung, die notwendig zur Berufsausübung gehöre, nicht als rechts-

[1]) R. Schmidt, die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für verletzende Eingriffe. Jena 1900.

[2]) Behr, Medizin und Strafrecht, Gerichtssaal, Bd. 62.

[3]) Vertreter dieser Theorie sind heute noch Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch. Anmerkungen zu § 223 RStGB. Hamm, Operative Eingriffe der Aerzte. Deutsche Juristenzeitung 1907, S. 447 ff. Von den Zivilisten steht auch Plank Kommentar, Anmerkungen zum BGB. § 823 auf diesem Standpunkte.

widrig betrachten und bestrafen. Dieser Grundgedanke finde sich in unserer ganzen staatlichen Strafgesetzgebung, wenn er auch nicht besonders ausgesprochen sei; er ergebe sich schon aus allgemeinen logischen Erwägungen. Der Beruf eines Scharfrichters z. B. schließe das Recht in sich, straflos die Tötung gewisser Personen vornehmen zu dürfen, der Beruf des Soldaten im Kriege gewähre das gleiche Recht, wenn der Staat die Existenz eines Ordens dulde, dessen ganzer Daseinszweck der gewerbsmäßige Bettel sei, so sei die Ausübung dieses Berufes jedenfalls nicht strafbar. Ganz so verhalte es sich beim ärztlichen Eingriffe. Wenn der Staat dem Arzte die Approbation erteile und damit das Recht zur Ausübung seines Berufes, so müsse er ihm damit auch zugleich das Recht zusprechen, alle Handlungen, die zur Ausübung dieses Berufes notwendig seien, ungestraft auszuüben.

Diese Beweisführung ist m. E. etwas zu eng und kann irreführend wirken. Auf der anderen Seite kann daraus aber auch zuviel gefolgert werden. Zu eng erscheint mir die Ansicht insofern, als das Recht, körperliche Eingriffe ungestört vornehmen zu dürfen, nur dem approbierten Arzte zustehen solle und nicht auch dem Laien, der mit gleichem Wissen und Können ausgestattet ist. Der Staat erkennt doch die Tätigkeit beider als berechtigt an. Warum soll nun die Tätigkeit des Arztes eine andere Würdigung erfahren, als die des Laien? Beide handeln in demselben Bestreben, der leidenden Menschheit zu helfen und auch ein Nichtarzt kann auf einem speziellen Gebiete infolge langjähriger Uebung eine solche Fertigkeit erlangen, daß er einem Arzte nicht nur gleich steht, sondern ihn sogar überragt. Man braucht nur an die zahlreichen Spezialisten auf dem Gebiete des Knochenbruchs zu erinnern, um diese Behauptung ohne weiteres als wahr erscheinen zu lassen. Zu welch unerträglichen Konsequenzen müßte es nun in der Praxis führen, den Arzt, dem die Heilung eines Knochenbruches z. B. nicht geglückt ist, straffrei ausgehen zu lassen, weil die Handlung durch sein Berufsrecht geschützt ist, während man den Praktiker, einen Nichtarzt, dem aber infolge seiner großen Geschicklichkeit die Operation gelungen ist, in Strafe nehmen müßte, da er nicht durch sein Berufsrecht gedeckt ist? Welches Privilegium sollte hier imstande sein, dem Arzt eine andere Rechtsstellung einzuräumen als dem Nichtarzte? In vielen Fällen ist die Verletzung auch zu geringfügig, um einen Arzt zu Rate zu ziehen. Man geht der Kosten wegen zu einem Nicht-

arzte, einem Bader oder einem sonstigen Heilbeflissenen, der die Sache aber ebenso gut versteht, wie der Arzt und dessen Tätigkeit auch zum gewünschten Erfolge führt, und dennoch sollte der eine durch sein Berufsrecht geschützt sein, der andere aber nicht. Wie sollte auch die Approbation allein es fertig bringen, der Tätigkeit des Operierenden auf einmal einen ganz anderen Charakter zu verleihen. Die Approbation, wie sie die Gewerbeordnung in § 29 vorschreibt, gewährt kein weiteres Recht, als den Titel „Arzt" führen zu dürfen; darauf gründet sich dann die Befähigung, als Arzt gewisse amtliche Funktionen bekleiden zu können. Im übrigen aber besteht Gewerbefreiheit, d. h. jeder, der die Fähigkeit und die Kraft in sich fühlt, operativ tätig zu werden, kann dieses Gewerbe betreiben; nur muß er die nötige Sachkenntnis besitzen, da er sich sonst nicht leicht vor Strafe wird schützen können. Ein Sonderrecht des approbierten Arztes kann es also nicht geben. Die Approbation hat außerdem nur Gültigkeit innerhalb des dieselbe verleihenden Staates, also nur innerhalb Deutschlands. Ein in einem fremden Staate approbierter Arzt konnte folglich durch das Berufsrecht nicht gedeckt sein, wenn seine Tätigkeit auch noch so sehr Anerkennung verdient. Das sind doch jedenfalls Folgerungen, die zu berechtigten Bedenken Anlaß geben.

Umgekehrt könnte man in der Lehre vom ärztlichen Berufsrechte auch ein Zuviel erblicken und in der Tat wird dieser Vorwurf auch von verschiedenen Seiten den Anhängern dieser Theorie gemacht. Man behauptet nämlich — auch das Reichsgericht vertritt diese Affassung [1]) — daß durch die Annahme des Berufsrechtes dem Arzte ein willkürliches Recht über den Körper des Kranken verliehen werde, daß er nun zu allen möglichen Eingriffen am Körper des Kranken berechtigt sei. Diese Ansicht ist nun zweifellos nicht richtig. Denn daß dem Arzte oder dem sonstwie Operierenden durch die Annahme eines Berufsrechtes nicht das Recht verliehen werden kann, nun uneingeschränkt über den Körper des Kranken zu verfügen, liegt doch offen zutage. Der Körper des Kranken ist nicht und darf nicht ein willenloses Werkzeug in der Hand des Operierenden sein, es soll nicht ein Recht über den Kranken sein, das dem Arzte verliehen wird, sondern nur die Befugnis, dem Staate gegenüber eine Handlung straflos vorzunehmen, die ihrer objektiven Beschaffenheit nach an und für sich einen

[1]) In der Entscheidung vom 31. Mai 1894, Bd. 25, S. 380.

Strafanspruch des Staates begründet hätte; sie soll mit a. W. bloß einen Strafausschließungsgrund begründen, wie sie ja das Gesetz in zahlreichen Fällen kennt.

Gerade weil aber aus der Annahme eines Berufsrechtes noch keineswegs ohne weiteres die Befugnis sich ergiebt, beliebige dem Berufsrecht dienende, an und für sich rechtswidrige Handlungen vorzunehmen, sondern alle Tätigkeit des Arztes abhängt von seiner Berufung durch den Patienten, der Wille dieser Personen also doch in letztere Linie von ausschlaggebender Bedeutung ist, ergibt sich der Beweis dafür, daß die Annahme eines Berufsrechtes für sich allein nicht imstande ist, alle entgegenstehenden Bedenken zu zerstreuen. Man hat deshalb in jüngster Zeit von dieser Theorie sich vielfach abgewandt und sich einer anderen mit allerdings ähnlicher Begründung angeschlossen. So hat namentlich v. Liszt, der die Lehre vom ärztlichen Berufsrechte in der vorletzten Ausgabe seines Lehrbuchs noch verteidigt hat, sich in der neuesten Auflage dieses Buches von ihr losgesagt und sich der sog. Zwecktheorie angeschlossen und neuerdings ist die Zahl der Anhänger dieser Theorie stets gewachsen [1]). Die Lehre vom Berufsrechte des approbierten Arztes hat zwar einen sehr großen Vorzug an sich, da diese Lehre eine sehr wichtige Handhabe gibt gegen den Feind des Aerztestandes, das Kurpfuschertum. Im allgemeinen überwiegen aber die Nachteile dieser Theorie ihre Vorteile um ein bedeutendes.

Diesen Nachteilen sucht abzuhelfen die Zwecktheorie. Mitbegründer dieser Theorie ist namentlich auch v. Lilienthal, der sie in seiner Abhandlung über: „Die pflichtmäßige ärztliche Behandlung und das Strafrecht“ [2]) ausführlich und mit großer Wärme verteidigt. Es hat allerdings nicht an Stimmen gefehlt, die dieser Theorie wie jeder anderen mit Eifer entgegentraten und ihr alle möglichen Schwächen nachzusagen wußten; allein schon die in letzter Zeit von Jahr zu Jahr wachsende Zahl ihrer Anhänger [3]) beweist, daß der Gedanke, der ihr inne wohnt,

---

[1]) So sind ihr ebenfalls untreu geworden Binding, der in seinem Handbuch noch das ärztliche Berufsrecht als Fundament annimmt, ebenso Allfeld in der Neuauflage des Meyer'schen Lehrbuchs.

[2]) Festgabe zur Feier des 50. Jahrestages der Doktorpromotion des Geheimen Rates Prof. Dr. Ernst Immanuel Becker, Berlin 1899.

[3]) So sind Vertreter dieser Theorie Geyer, Grundriß, besonderer Teil § 76. 1; Graf zu Dohna, die Rechtswidrigkeit als allgemein gültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen S. 95 ff. Meyer-Allfeld, Lehrb. § 98. v. Liszt, Lehrb. d. deutschen Strafrechts, § 35. III. Finger, Lehrb. d. deutschen Strafrechts § 82, S. 405 ff. u. A.

ein gesunder ist, geeignet, einen großen Teil der praktischen Bedenken zu zerstreuen, die den kritisch Beobachtenden beim Betrachten der übrigen Theorien beschleichen. v. Lilienthal geht von dem Gedanken aus, daß der Zweck der ärztlichen Tätigkeit es mit sich bringe, daß eine Handlung, die zu diesem erlaubten Zwecke vorgenommen werde, nicht rechtswidrig und damit nicht strafbar sein könne. Der Zweck des ärztlichen Tun sei ein löblicher, der vom Staate nicht nur anerkannt, sondern auch mit allen Mitteln unterstützt werde. Die Tätigkeit desjenigen, der diesen Zweck anstrebe, könne deshalb nicht verboten sein; eine Einschränkung aber müsse doch gelten, die Heilbehandlung dürfe nicht gegen den Willen des Behandelten erfolgen, sonst mache sich der Behandelnde trotzdem strafbar.

Diese Theorie hat entschieden viel bestrickende Momente für sich und auch ich schließe mich grundsätzlich dieser Ansicht an, ohne jedoch alle Ausführungen v. Lilienthal's zu unterschreiben. Ich glaube, meinen Standpunkt vielmehr in folgendem Satze festlegen zu können: Ein Mittel, das zur Erreichung eines staatlich anerkannten Zweckes unbedingt notwendig ist, kann nicht verboten sein. Dieser Satz ist logisch so zwingend, daß an seiner Richtigkeit nicht der mindeste Zweifel bestehen kann.

Im Gedankengang ist eigentlich zwischen dieser Theorie und der Theorie vom ärztlichen Berufsrechte kein allzugroßer Unterschied. In beiden Fällen geht man von dem Gedanken aus, daß ein Mittel nicht verboten sein kann, das zur Erreichung eines Zieles notwendig ist, wenn dieses Ziel selbst von der Rechtsordnung gebilligt wird. Der Unterschied liegt nur darin, daß man bei der Theorie vom ärztlichen Berufsrechte davon ausgeht, zu sagen, der Staat erkenne den ärztlichen Beruf als berechtigt an, es müßten deshalb auch alle Berufshandlungen erlaubt sein. Diese Beweisführung trifft nicht das Richtige, sie ist nichtssagend, weil ja die nichtberufsmäßige Heiltätigkeit auch vom Staate anerkannt wird, wie oben schon ausgeführt wurde. Man mußte deshalb den gesunden Gedanken, der in der ärztlichen Berufstheorie lag, nur erweitern, um ihn brauchbar zu machen. Die Zwecktheorie ist dieser Schwäche der ärztlichen Berufstheorie Herr geworden, indem sie aufstellt: Ein Mittel, das zur Erreichung eines vom Staate anerkannten Zweckes notwendig ist, kann nicht unerlaubt sein. Bei dieser Fassung des Gedankens wird auch die Haltlosigkeit des Einwandes klar, der gar zu oft dieser Theorie entgegengehalten wird. Man sagt nämlich, durch

diese Aufstellungen bringe man den alten, in der Ethik ganz diskreditierten Satz wieder in Geltung, „der Zweck heilige die Mittel". Daß aber dieser Satz mit dem unseren, oben aufgestellten Grundsatze durchaus nicht identisch ist, lehrt eine einfache Betrachtung. Der Satz, „der Zweck heiligt die Mittel", will doch offenbar sagen, daß zur Erreichung eines an und für sich sozial guten Zweckes jedes Mittel, auch das verwerfliche, geeignet und gestattet ist. In diesem Sinne ist der Satz natürlich, weil unsittlich, ganz und gar zu verwerfen. Für das Strafrecht kann nur in Betracht kommen, ob die Handlung, die zur Erreichung eines guten Zweckes geschehen ist, vorsätzlich begangen wurde oder nicht und ob sie unter dem Tatbestand eines Strafgesetzes gefallen ist. Trifft das zu, so ist die Handlung strafbar, mag der Zweck der Handlung auch noch so ideal, noch so gut sein. Wer für einen frommen oder wohltätigen Zweck Gelder sammelt und diese Gelder etwa durch Diebstahl oder Raub sich aneignen wollte, macht sich strafbar, trotz des sicherlich sozial guten Endzweckes seiner Handlung. Das Verbrechen wird eben durch den guten Endzweck der Handlung nicht alteriert. In diesem Sinne also stimme ich Heimberger's Ausführung in seiner Abhandlung S. 20 ff. vollkommen zu. Es sind seine Ausführungen daselbst, wodurch er den Beweis erbringen will, daß auch schon in den einzelnen Partikularstrafgesetzbüchern der Satz, daß der Endzweck oder der Beweggrund, um dessentwillen der Entschluß zum Verbrechen gefaßt worden, den rechtswidrigen Vorsatz ausschließe, nicht gegolten habe, eigentlich ganz unnötig. Dieser Gedanke ist selbstverständlich und mit Recht betont Heimberger, daß er auch in unserem Reichsstrafgesetzbuche als selbstverständlich erachtet wurde und deshalb eine Aufnahme darin nicht gefunden hat. Daß der Zweck tatsächlich in vielen Fällen unseres Strafgesetzbuches von ausschlaggebender Bedeutung ist, kann man nicht bestreiten; allein in allen diesen Fällen von Entführung, Erpressung und Betrug, die v. Lilienthal[1]) als Beispiele anführt, ist es immer der Gesetzgeber selbst, der im einzelnen Falle die bezweckte Handlung unter Strafe stellt und dadurch per arg. e. contr. die diesen Zweck nicht verfolgende Handlung von Strafe frei läßt. Ein allgemein gültiger Satz aber, daß stets der gebilligte Zweck einer Handlung schon die Rechtswidrigkeit beseitige, läßt sich m. E. daraus nicht

[1]) v. Lilienthal, a. a. O. S. 37 ff.

ableiten. Jedenfalls halte ich die ohne weitere Einschränkung gebrauchte Schlußfolgerung v. Lilienthal's, daß grundsätzlich, „wer den Zweck wolle, auch die Mittel wollen müsse", die Mittel also durch den Zweck gedeckt werden, für nicht richtig. Ich glaube vielmehr, daß ein Mittel zur Erreichung eines staatlich anerkannten Zweckes nur dann erlaubt sein kann, wenn dieses Mittel zur Erreichung des Zweckes unbedingt notwendig ist, der Zweck also sich auf gar keinem anderen Wege erreichen läßt, als eben durch Anwendung dieses Mittels. Nicht jedes Mittel zur Erreichung eines guten Zweckes ist gestattet, sondern nur das notwendige Mittel. Ist der Zweck einer Handlung vom Staate als gut und erstrebenswert anerkannt und läßt sich eben dieser Zweck nur durch Anwendung ganz bestimmter Mittel erreichen, so müssen auch diese notwendigen Mittel als erlaubt, d. h. als nicht rechtswidrig vom Staate anerkannt werden. Das eine ist durch das andere bedingt. Um bei dem oben gebrauchten Beispiele zu bleiben: Wer für einen Kirchenbau oder sonst eine Wohlfahrtseinrichtung Gelder zur Verfügung stellt, diese Gelder sich aber durch einen Diebstahl verschafft hat, bleibt strafbar, weil der Diebstahl eben nicht das notwendige Mittel zur Erreichung dieses Zweckes ist. Er kann sich das Geld auf alle mögliche andere erlaubte Art verschaffen. Wo aber das Mittel notwendig ist zur Erreicheug eines möglichen Zweckes, muß es auch erlaubt sein. So erklären sich auch ganz gut die von Lilienthal in seiner Abhandlung S. 38 angeführten Beispiele. Bei der Notwehr ist nur das zur Abwehr gegen einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff notwendige Verteidigungsmittel erlaubt. Zweck dabei ist die Verteidigung eigener oder fremder Rechtsgüter und wo dieses Ziel nur durch Verletzung fremder Rechtsgüter erreicht werden kann, muß dies erlaubt sein, selbst, wenn das fremde Rechtsgut dabei den Untergang findet. Der gleiche Gedanke ist es, der beim Notstande zum Ausschluß der Rechtswidrlgkeit und damit zur Straflosigkeit führt. Wer sich in einem unverschuldeten, auf andere Weise nicht zu beseitigendem Zustande der Gefahr für Leib oder Leben befindet, darf sich aus diesem Zustande befreien durch einen verletzenden Eingriff in die Rechtsgüter eines anderen, wenn eine Rettung auf andere Weise nicht zu bewerkstelligen ist. Der Lehrer hat ein Züchtigungsrecht gegenüber dem Schüler, der Vater gegenüber dem Sohne, weil sie das Recht der Erziehung haben und eine ordentliche

Erziehung ohne vernünftige Anwendung des Stockes meistens nicht möglich ist. Der Henker, der den Delinquenten vom Leben zum Tode befördert, handelt nicht rechtswidrig, da das, was er tut, notwendig ist zur Herbeiführung eines vom Rechte gewollten Zustandes, der Beamte, der sich in rechtsmäßiger Ausübung seiner Amtsgewalt befindet, kann Sistierungen und Verhaftungen vornehmen, wenn sie im Interesse der öffentlichen Sicherheit erforderlich sind, und endlich der Soldat, der zur Verteidigung seines Vaterlandes auszieht, darf seinen Gegner töten, er darf durch den Kriegszweck gebotene Zerstörungen und Verwüstungen vornehmen, ohne befürchten zu müssen, sich dadurch strafbar zu machen. Warum das alles wohl? Doch nur deshalb, weil die Verteidigung seines Vaterlandes zu den vornehmsten Pflichten eines Staatsbürgers gehört, dieser erstrebenswerte Zweck sich aber nur dadurch erreichen läßt, daß in die Rechtsgüter des Feindes eingegriffen wird.

Diese Beispeile mögen genügen, um darzutun, daß ein Mittel, das zur Erreichung eines löblichen Zweckes notwendig ist, auch von der Rechtsordnung erlaubt sein muß.

Wie verhält es sich nun in dieser Hinsicht mit den operativen Eingriffen? Die Antwort auf diese Frage dürfte nicht schwer zu geben sein. Auch sie sind die notwendigen Mittel zur Erreichung eines von der Rechtsordnung gebilligten Zweckes und daher nicht rechtswidrig und auch nicht strafbar. Daß der Zweck der ärztlichen Tätigkeit vom Staate als berechtigt anerkannt wird, bedarf wohl keines weiteren Nachweises; zahllos sind die Beweise, durch die der Staat zu erkennen gibt, daß ihm die Pflege der menschlichen Gesundheit mit zu seinen ersten Aufgaben zählt. Ist doch seine ganze Existenzfähigkeit durch den Bestand eines gesunden, kräftigen Volksstammes bedingt. Ein gesundes, kräftiges Volk ist imstande, den Staat zu hoher Blüte zu bringen, sich Achtung und Ansehen zu verschaffen und mit Gut und Blut für den Staat einzutreten, wenn Gefahren ihm drohen. Darum errichtet der Staat Kliniken und baut Universitäten und Krankenhäuser, in denen ärztliche Wissenschaft und Praxis eine dauernde Stätte haben. Darum ist er bemüht, einen tüchtigen Aerztestamm heranzubilden, der allen Anforderungen seiner Zeit sich gewachsen zeigt; darum sucht er auch die Forschung zu fördern durch Verleihung von Stipendien, durch Gewährung von Zuschüssen, durch Aussetzung von Preisen an solche, die sich um die Wissenschaft verdient gemacht haben. Das Interesse, das der

Staat der Gesundheitspflege entgegenbringt, geht sogar soweit, daß er im Interesse des Gemeinwohles besondere Behörden einsetzt, die sich einzig und allein mit der Gesundheitspflege befassen, ja, daß er sogar vor Zwangsmaßregeln nicht zurückschreckt, wenn solche nötig werden, um Volksseuchen zu verhindern. Daß aber dieser durch Verwaltungsmaßregeln ausgedrückte Wille des Staates gleich zu achten ist dem im Gesetz niedergelegten staatlichen Willen, sollte von niemand bestritten werden.

Des weiteren taucht nun die Frage auf, welches eigentlich der Zweck der ärztlichen Tätigkeit ist. Oppenheim [1]) zählt die Zwecke m. E. richtig und vollständig auf und ihm haben sich im wesentlichen auch Dietrich, Stooß und v. Lilienthal angeschlossen. Er unterscheidet ihrer sechs:

1. Heilung von Krankheiten,
2. Linderung von Krankheiten,
3. Vorbeugung gegen Krankheiten,
4. Korrektur entstellender körperlicher Mängel,
5. Geburtshilfe, also eventuell, wo erforderlich, auch Abtreibung und Perforation,
6. Das Experiment an Kranken zu ihrer Heilung, an Gesunden und Kranken behufs Fortbildung des ärztlichen Wissens und Könnens.

Alle diese Zwecke der ärztlichen Tätigkeit erkennt der Staat als berechtigt an, ja er unterstützt sie sogar noch wesentlich, wie wir oben gesehen haben; da sich aber alle diese Zwecke mitunter nur auf dem Wege des operativen Eingriffs erreichen lassen, so liegt logischerweise in der Anerkennung des Zweckes durch die Rechtsordnung auch die Anerkennung der zur Erreichung des Zweckes notwendigen Mittel, mit a. W. der Zweck des operativen Eingriffs schließt die Rechtswidrigkeit und damit die Strafbarkeit der Handlung aus. Der Grund der Straflosigkeit ist also nicht, wie Stooß annimmt, darin zu suchen, daß Operation und Körperverletzung begriffliche Gegensätze seien, daß also, wer eine Operation vornehme, damit eine Körperverletzung nicht begehen wolle oder könne, sondern im Gegenteil, diese Anschauung geht von der Ansicht aus, daß jede Operation den Tatbestand der Körperverletzung erfülle, die aber mit Rücksicht auf den Zweck, dem sie dient, straflos bleibt. Zulässig sind demnach alle Handlungen, die sich als not-

[1]) Oppenheim, a. a. O. S. 20.

wendiges oder wahrscheinliches Mittel zur Erreichung eines von der Rechtsordnung gebilligten Zweckes anerkannt werden.

Wer aber ist imstande zu erkennen, ob ein Mittel notwendig oder wahrscheinlich zu dem gewünschten Erfolge führen wird? Doch offenbar nur eine solche Person, welche den menschlichen Organismus genau kennt, welche sich durch eingehendes Studium oder durch langjährige Uebung Kenntnisse und Erfahrung gesammelt hat. Nur solche Personen können den Willen haben, ernstlich die Heilung der kranken Personen durchzuführen. Wer diese Kenntnis nicht hat und trotzdem im Vertrauen auf seine Kraft zur Operation schreitet, wird sich den Vorwurf wohl gefallen lassen müssen, daß er leichtsinnig und fahrlässig gehandelt hat, wenn ihm nicht gar dolus eventualis zur Last gelegt werden kann. Es liegt aber in der Natur der Sache, daß infolge ihrer Vorbildung wohl meistens nur die Aerzte imstande sein werden, zu erkennen, welches das notwendige und wahrscheinliche Mittel zur Bannung der Krankheit ist, obwohl auch für den tüchtigen Arzt die Diagnosefeststellung mit zu den schwierigsten seiner Aufgaben gehört. Es soll damit nicht gesagt sein, daß der Nichtarzt, z. B. bei Geringfügigkeit des Leidens oder infolge langjähriger Uebung, nicht in der Lage sein könnte, eine richtige Diagnose aufzustellen und die Folgen seiner Handlungsweise zu übersehen. Es spricht nur eine größere Wahrscheinlichkeit für die größere Geschicklichkeit des Aerztestandes und dieser Vermutung kann sich wohl niemand verschließen. Auf diesem Wege gelangt man ganz unmerklich wieder zur Anerkennung eines ärztlichen Berufsrechtes, so geheißen allerdings nicht deshalb, weil der Beruf des Arztes das Recht mit sich bringe, straflos Körperverletzungen vorzunehmen, sondern deshalb, weil es wohl meistens nur der Arzt sein wird, der die Fähigkeit haben wird, zu erkennen, welche Mittel zur Erreichung des gewollten Zweckes, der Heilung, geeignet sind, und welche dazu notwendig sind. Es wird also die Straflosigkeit doch meistens nur dem Arzte zugesichert sein, ohne daß jedoch der Nichtarzt davon ausgeschlossen wäre. Nur in diesem Sinne möchte ich den Namen „Berufsrecht“ aufgefaßt wissen.

Scheidet aber aus irgend einem Grunde eines der Merkmale aus, die notwendig sind, um die Straflosigkeit des operativen Eingriffs zu begründen, so entfällt damit die Straflosigkeit und die Handlung wird wieder zu einer rechtswidrigen. Straflos sind darum nur die Handlungen, die

als das notwendige oder doch wahrscheinliche Mittel des von der Rechtsordnung gewollten Zweckes (s. o.) erscheinen. Das Urteil darüber kann aber bloß denen zustehen, die vermöge ihres reichen Wissens oder ihrer umfangreichen Erfahrung imstande sind, zu erkennen, ob die Handlung zur Erlangung dieses Zweckes auch geeignet ist. Werden diese Grundsätze beobachtet, so wird es sowohl für den Arzt als für den Laien nicht schwer fallen, sich in schwierigen Lagen zurecht zu finden und die richtige Entscheidung zu treffen.

IV. Kapitel.

Die strafrechtliche Bedeutung der Einwilligung.

Ist so der Zweck des operativen Eingriffes das Fundament, auf dem die Straflosigkeit des Operierenden sich aufbaut, so wäre es dennoch verfehlt, in der Praxis allein nach diesem Gesichtspunkte zu verfahren und das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen nicht zu achten. Jeder Einzelne, soweit er selbständig ist und über sich selbst Herr sein kann, hat es in der Hand, zu bestimmen, was mit ihm geschehen soll, ob er sich einer Heilbehandlung unterziehen soll, oder ob er den Tod vielleicht einer schmerzhaften Operation vorzieht. Es ist dies ein Ausfluß der persönlichen Freiheit, die jedem Einzelnen solange garantiert ist, als nicht sein Zustand eine Gefährdung für die menschliche Gesellschaft bedeutet. Ist das aber der Fall, so ist es nicht nur Recht, sondern sogar Pflicht des Staates, durch Anordnung von Zwangsmaßregeln der Gemeingefährlichkeit solcher Krankheiten entgegenzutreten, sei es durch gewaltsame Unterbringung solcher gefährlicher Personen in Anstalten oder Rettungshäusern, sei es durch Anordnung von Präventivmaßregeln, denen jeder bei Meidung von Strafe sich zu unterziehen hat. Insoweit ist also der Einzelne im Interesse der Allgemeinheit verpflichtet, seinen Willen dem Ganzen unterzuordnen und unserer Gesetzgebung ist dieser Gedanke heute durchaus nicht mehr fremd. Im Gegenteil, man kommt immer mehr zu der Anschauung, daß das einzelne Individium nur ein ganz kleines Glied innerhalb der großen menschlichen Gesellschaft darstellt und daß die Interessen des Einzelnen daher, wenn sie mit den Interessen der Allgemeinheit in Konflikt kommen, sich den letzteren

unterzuordnen haben. Dieser Fortschritt der Ethik ist erfreulich und ein Zeichen dafür, daß heutzutage jeder Einzelne mehr als früher der Allgemeinheit angehört. Soweit aber diese Pflicht des Einzelnen, sich der Allgemeinheit zu fügen, nicht Platz greift, ist jedermann verpflichtet, das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen in Beziehung auf die Behandlung seines Körpers zu achten. Von der obigen Ausnahme abgesehen, kann niemand gezwungen werden, sich einer operativen Behandlung zu unterziehen, wenn er nicht freiwillig hiezu selbst seine Zustimmung gibt, oder durch einen Vertreter im Willen geben läßt. Nur am Einwilligenden ist deshalb der operative Eingriff straflos. Dieser Satz bedeutet aber nicht etwa das gleiche, wie der oben abgelehnte Satz, daß die Einwilligung des Patienten es sei, welche die Rechtswidrigkeit und damit die Strafbarkeit des operativen Eingriffs ausschließe. Zwischen beiden Konstruktionen besteht vielmehr eine große Verschiedenheit. Der oben abgelehnte Satz geht von der Voraussetzung aus, daß die Einwilligung des Patienten der Grund sei, für die Straflosigkeit des operativen Eingriffs; die hier vertretene Ansicht erklärt dagegen, die Einwilligung des Patienten bildet nicht den Grund, wohl aber die Grenze für den Ausschluß der Rechtswidrigkeit. Das Fundament der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit ist und bleibt der von der Rechtsordnung gebilligte Zweck. Der operative Eingriff ist aber gleichwohl strafbar, wenn er gegen den ausdrücklichen Willen des Patienten vorgenommen wird. Man darf aber nicht so konstruieren, daß dann eben nur der Eingriff in die persönliche Freiheit strafbar wäre, während der Eingriff in die Körperintegrität selbst als durch den guten Endzweck geschützt, erlaubt sei. Diese Konstruktion wäre verfehlt und zwar deshalb, weil die drei Merkmale — Notwendigkeit des Mittels, guter Endzweck, Einwilligung des Patienten — notwendigerweise zusammenwirken müssen, um die Rechtswidrigkeit der Körperverletzung auszuschließen. Fällt also einer dieser zum Ausschlusse der Rechtswidrigkeit notwendigen Vorraussetzungen weg, so tritt strafbare Körpenverletzung wieder an ihr Stelle, nicht aber Freiheitsberaubung gemäß § 239 RStGB. oder Nötigung nach § 240 RStGB. Die letztere Ansicht wäre nur richtig, wenn man in dem operativen Eingriff objektiv nicht nur eine Körperverletzung, sondern auch ein selbständiges Vergehen der Nötigung oder Freiheitsberaubung erblicken könnte. Wenn dann durch den Zweck des operativen Eingriffs der Tatbestand der Körperverletzung wegfiele, so

bliebe immer noch bei mangelnder Einwilligung der Tatbestand der Nötigung oder Freiheitsberaubung übrig. Dies anzunehmen, ist aber unmöglich, weil es wohl wenig Operationen geben wird, bei denen nicht irgend eine Gewaltanwendung nötig sein wird. Diese Handlungen sind aber nicht selbständige, sondern notwendige Bestandteile der Operation und mithin der Körperverletzung. Sie können deshalb auch strafrechtlich nicht besonders gewürdigt werden, sondern ihr Tatbestand wird durch den nachfolgenden Tatbestand der Körperverletzung konsumiert. Bei der Argumentation wie oben müßte man schließlich dazu kommen im Tatbestande fast einer jeden Körperverletzung auch den Tatbestand der Nötigung zu finden. Denn durch die Körperverletzung, mag sie leicht sein oder schwer, wird schließlich jeder genötigt, und zwar mit Gewalt, sich eine Einwirkung auf seinen Körper gefallen zu lassen. Es hieße aber die Anwendungsmöglichkeit des § 240 RStGB. ins Ungemessene ausdehnen, wollte man diese Beweisführung für richtig halten. Der § 240 RStGB. muß überall da ausscheiden, wo durch eine speziellere Bestimmung des Strafgesetzbuches der Tatbestand einer strafbaren Handlung weit mehr getroffen wird, als durch die allgemeine Bestimmung des § 240 RStGB. So wird überall da, wo zur Erfüllung des Tatbestandes einer strafbaren Handlung auch regelmäßig eine Vergewaltigung des Willens dessen, der das angegriffene Rechtsgut verteidigt, notwendig ist, diese letztere Gewaltanwendung angesichts des Hauptdeliktes nicht besonders in Betracht kommen können. Deshalb ist bei der Tötung eines Menschen diese Tätigkeit allein für das Strafrecht ausschlaggebend, während es für das Verbrechen des verübten Mordes oder Totschlags gleichgültig ist, ob der Täter sein Opfer dabei zuerst festgehalten und so genötigt hat, sich diese Behandlung gefallen zu lassen; ebenso ist es bei der Körperverletzung, wenn durch die Art der Körperverletzung die Duldung der Angriffe erzwungen wird. Der Tatbestand der Nötigung wird hier konsumiert durch das in seinen Folgen meist schwerwiegendere Verbrechen des Mordes oder der Körperverletzung, sodaß von einem selbständigen Vergehen der Nötigung keine Rede sein kann.

Der Arzt erfüllt nun nach dem schon früher Ausgeführten durch den operativen Eingriff tatsächlich den Tatbestand der Körperverletzung. Diese Körperverletzung ist aber straflos, sobald der Zweck, zu dem die Operation vorgenommen wird, ein von der Rechtsordnung gebilligter

ist; weiter, wenn die Operation das notwendige Mittel zur Erreichung dieses Zweckes ist und endlich, wenn der Patient die Handlung nicht ausdrücklich an seinem Körper verboten hat. Ist das letztere aber der Fall und nimmt der Operierende trotz des entgegenstehenden Willens des Patienten einen operativen Eingriff vor, so entfällt die Rechtswidrigkeit der Handlung nicht, sondern der operative Eingriff bleibt strafbar und zwar strafbar als Körperverletzung; denn die Nötigung als unselbständige Handlung wird konsumiert von dem nachfolgenden Vergehen der Körperverletzung, diese aber ist strafbar, sobald eines der drei zum Ausschlusse der Rechtswidrigkeit notwendigen Merkmale — hier die Einwilligung des Patienten — fehlt. Will sich der Operierende vor Strafe schützen, so wird es in seinem Interesse gelegen sein, nie einen operativen Eingriff gegen den ausdrücklichen Willen, sei es des Behandelten selbst, sei es seines Vertreters im Willen vorzunehmen. Ist der Patient dispositionsfähig, so darf die behandelnde Person weder den Kranken nötigen, sich behandeln zu lassen, noch ihn durch Täuschung oder List dahin bringen, will sie sich nicht strafbar machen. Soviel Selbstbestimmungsrecht hat der Einzelne über seinen Körper, daß er normaler Weise nicht gezwungen werden kann, sich eine Behandlung gefallen zu lassen, welche ihm nicht zusagt. Ist ja doch auch die Selbstverstümmlung straflos, soweit nicht die Handlung als etwas unsittliches erscheint und soweit nicht in das Recht eines Dritten dabei eingegriffen wird. Warum sollte der Einzelne gezwungen werden, sich heilen zu lassen, wo es ihm lieber ist, mit einem siechen Körper herumzugehen? Hier mag es jeder mit sich selbst ausmachen, welchem Zustande er den Vorzug gibt. Es besteht für den Einzelnen im allgemeinen keine Rechtspflicht, sich im Interesse der Allgemeinheit zu erhalten. Nur da, wo der Zustand des Kranken Gefahr für die Oeffentlichkeit in sich birgt, hat die Gesetzgebung das Recht und die Pflicht, dafür zu sorgen, daß diese Gefahr beseitigt werde. Dabei wird es allerdings ohne Eingriff in den Willen des einzelnen Individuums nicht abgehen. Hiezu hat aber der Gesetzgeber das Recht und er hat von diesem Rechte auch schon oft Gebrauch gemacht, sei es, daß er eine Pflicht des Einzelnen, sich behandeln zu lassen, statuiert, sei es, daß er gegen die Ausbreitung solcher Krankheiten Vorsorge trifft durch Anordnung von Präventivmaßregeln. Solange aber nicht diese Allgemeingefahr gegeben ist, ist es grundsätzlich jedem

einzelnen überlassen, zu bestimmen, was mit seinem Körper zu geschehen hat. Jeder zurechnungsfähige, volljährige Patient hat darum das Recht, zu verbieten, daß gegen seinen Willen eine Heilbehandlung an ihm vorgenommen wird und der Arzt, der sich diesem Rechte nicht fügt, macht sich dadurch strafbar.

Nicht alle Fälle der operativen Tätigkeit liegen aber so einfach; es kann möglich sein, und diese Fälle werden garnicht selten vorkommen, daß der Kranke bewußtlos, geisteskrank oder unzurechnungsfähig ist; was hat dann hinsichtlich der Einwilligung zu gelten? Der Fall kann auch praktisch werden, wenn sich im Laufe einer Operation die gleichzeitige Notwendigkeit einer anderen herausstellt. Dabei wird es natürlich in jedem Falle Tatfrage sein, ob die Unfähigkeit zur Abgabe einer Willenserklärung seitens des Kranken auch in Wirklichkeit gegeben ist. Hat der bewußtlose, geisteskranke oder unzurechnungsfähige Kranke einen Vormund oder sonst einen gesetzlichen Vertreter, so wird statt seiner Willenserklärung die des gesetzlichen Vertreters maßgebend sein. Nimmt der Operierende darum gegen den ausdrücklichen Willen des gesetzlichen Vertreters an dem Vertretenen eine Operation vor, so macht er sich dadurch strafbar und zwar wegen Körperverletzung. Es kann aber auch noch weiter der Fall eintreten, daß an einer bewußtlosen oder unzurechnungsfähigen Person ein operativer Eingriff unbedingt notwendig ist, da Gefahr im Verzuge liegt, es kann aber weder der Kranke seine Einwilligung erteilen, noch ist ein gesetzlicher Vertreter vorhanden, der an Stelle des Patienten seine Zustimmung geben könnte. Und trotzdem muß gehandelt werden. Hier sucht man nun vielfach mit Vermutungeu zu helfen. M. E. darf aber mit einer Vermutung, wie man sie so oft findet und die darin besteht, daß trotzdem gehandelt werden dürfe, wenn der Operierende vernünftigerweise davon überzeugt sei, daß die Patienten einverstanden sein würden, wenn sie überhaupt in der Lage wären, eine Erklärung darüber abzugeben, nicht operiert werden. Denn wie schon oben des näheren ausgeführt wurde, ist der Vermutung im Strafrecht eine möglichst enge Grenze gezogen; von Präsumptionen darf im Gebiete des Strafrechts nur da gesprochen werden, wo dies das Gesetz ausdrücklich zuläßt. Von einer solchen Ermächtigung kann aber hier nicht die Rede sein. Diese Ansicht wird auch praktisch auf manche Schwierigkeiten stoßen. Wie soll z. B. ein Arzt, der unterwegs einen bewußtlosen, fremden Mann findet, dessen Zustand schleunigste

Operation erfordert, nun plötzlich, wo niemand den Patienten kennt, sich die Ueberzeugung verschaffen können, daß der Kranke mit der Operation einverstanden sein werde, wenn er eine Erklärung abgeben könnte. Mit demselben Grunde könnte er auch das Gegenteil annehmen und dann dürfte er sich wohl hüten, irgendwie helfend einzugreifen.

Nein, einer solchen Vermutung bedarf es gar nicht, um die Straflosigkeit des Operierenden darzutun. Es wird ja nicht verlangt, daß der Kranke in jedem einzelnen Falle ausdrücklich seine Einwilligung erteilt, sondern das Recht der persönlichen Freiheit erfordert nur, daß nicht ein operativer Eingriff vorgenommen wird gegen den ausdrücklich erklärten Willen des Patienten. Nur wo der Operierende gegen dieses ausdrückliche Verbot des Kranken verstößt, macht er sich strafbar. Kann aber der bewußtlose oder unzurechnungsfähige Patient eine rechtswirksame Erklärung überhaupt nicht abgeben und spricht auch nicht der Wille seines gesetzlichen Vertreters ausdrücklich dagegen, so wird für den Operierenden kein Grund gegeben sein, die Vornahme der Operation abzulehnen. Sein guter Zweck und die für notwendig erkannte Operation in Verbindung mit einem ihm nicht entgegenstehenden ausdrücklichen Verbot des Kranken machen ihn straflos. Diese Erwägung wird den Arzt stets das Richtige treffen lassen, ohne daß er befürchten muß, sich in seiner Ueberzeugung geirrt zu haben und dadurch nachträglich auf einmal vor einer strafbaren Handlung zu stehen.

Handelt es sich aber um jugendliche Personen, die unter der Obhut ihrer Eltern oder ihrer Vormünder stehen, so wird in der Regel die Einwilligung der Eltern oder der sonstigen gesetzlichen Vertreter genügen, um die Strafbarkeit der Handlung zu beseitigen. Eine Altersgrenze aber, bis zu der eine solche Stellvertretung im Willen zulässig ist, festzusetzen, dürfte m. E. ziemlich schwer sein, da die Gesetzgebung uns in dieser Hinsicht ganz im Stiche läßt. Die Frage, durch bloßen Hinweis auf die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts zu lösen, halte auch ich nicht für eine befriedigende Lösung. Eine bestimmte Altersgrenze kann, glaube ich, überhaupt nicht in Betracht kommen, sondern es wird wohl hier ganz ähnlich, wie bei der Frage, ob ein Minderjähriger die Strafbarkeitseinsicht besaß, darauf ankommen, festzustellen, ob der Minderjährige erkennen kann, in welchem Zustande er sich befindet und ob er zu übersehen vermag, welche Wirkungen im allgemeinen die Operation bei ihm hervorrufen wird. Ob er

aber diese Einsicht besitzt, dürfte in jedem Falle einzeln festzustellen sein. Hat er diese Erkenntnis, so muß sein Wille dem Arzte maßgebend sein, und nicht etwa der seines Vaters oder seines Vormundes, die etwa aus törichter Elternliebe oder aus sonst irgend einem nicht näher feststellbaren Grunde ihre Einwilligung versagen. Denn es wäre doch im höchsten Grade ungerecht, das Schicksal eines Menschen, der vollkommen mit sich im Klaren ist, was ihm droht, wenn er sich der Operation unterzieht, und was ihm droht, wenn er sich ihr nicht unterzieht, der auch ein Recht über seinen Körper und auf sein Leben hat, einzig und allein von der Willkür eines Dritten abhängen zu lassen und wenn es selbst sein Vater ist. Die Bestimmung des bürgerlichen Rechts über Rechtshandlungen von Minderjährigen beziehen sich offenbar auch nur auf die Eingehung von Rechtsgeschäften, wie sie das tägliche Leben mit sich bringen, da der Minderjährige erfahrungsgemäß in solchen Sachen leicht Gefahr läuft, infolge seiner Jugend und Unerfahrenheit betrogen zu werden. Auf eine Entscheidung über das Recht zum Leben und über den Körper des Minderjährigen können diese Bestimmungen des bürgerlichen Rechts bei vollem Verständnis des Kranken m. E. nicht ausnahmslos Anwendung finden.

Auch über andere Rechtsgüter kann der Minderjährige verfügen, ohne der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu bedürfen, wie uns das RStGB. lehrt. Mit zurückgelegtem 14. Lebensjahre ist ein Minderjähriger wohl in der Lage, über seine Geschlechtssittlichkeit zu verfügen, auch auf Beleidigungen und leichte Körperverletzungen kann ein Minderjähriger nach zurückgelegtem 18. Lebensjahre durch die Möglichkeit, Strafantrag zu stellen, selbständig reagieren. Gilt dies aber schon für leichte Körperverletzungen, so muß es um so mehr noch gelten bei operativen Eingriffen, wo es sich meist um die Zufügung schwerer Körperverletzungen handelt, ja, wo nicht selten sogar der Tod die unmittelbare Folge sein kann. Hier wird also der Arzt, will er sich nicht strafbar machen, bei abweichender Ansicht des Minderjährigen und seines gesetzlichen Stellvertreters, immer festzustellen haben, ob der Minderjährige die zur Erkenntnis seines Zustandes und der Folgen einer Operation erforderliche Einsicht besitzt. Ist das der Fall, so kann eine abweichende Ansicht des gesetzlichen Stellvertreters gegenüber dem klar erklärten Willen des Patienten nicht in Betracht kommen. Liegen aber die Verhältnisse so, daß, da der Minderjährige noch unzurechnungs-

fähig ist, zur Vornahme der Operation die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters unbedingt erforderlich ist, daß dieser aber wider besseres Erkennen seine Zustimmung versagt, um auf diese Weise durch Versagen der ärztlichen Hilfe von einer beschwerlichen Last befreit zu werden, so dürfte ohne Zweifel der Vater oder der Vormund sich dadurch vorsätzlicher Tötung oder Körperverletzung schuldig machen. Anders wäre das gewissenlose Verhalten dieser Vertreter des Kindes nicht zu charakterisieren. Die Stellung des Arztes freilich in diesem Falle dürfte eine ziemlich schwierige sein. Auf der einen Seite drängt gleichsam der Beruf den gewissenhaften Arzt dazu, auch gegen den Willen des Gewalthabers hier helfend einzugreifen, auf der anderen Seite aber sieht er drohend das Gespenst eines gegen ihn anhängigen Strafverfahrens wegen gefährlicher Körperverletzung. In dieser Gewissensnot die richtige Entscheidung zu treffen, dürfte für manchen Arzt schwer sein. Ob der von verschiedenen Seiten zu Gunsten des Arztes angezogene Gesichtspunkt einer Notwehr das Richtige trifft, muß fraglich erscheinen. Hier wird es wohl jeder Arzt mit seinem Gewissen zu vereinbaren haben, zu welcher Handlung er sich entschließt.

Die Einwilligung des Patienten muß natürlich in jedem einzelnen Falle eine freiwillige sein und darf nicht durch Drohung, Täuschung oder List zustande gekommen sein. Dies ist eigentlich so selbstverständlich, daß es einer besonderen Ausführung nicht bedarf. Damit dies aber einwandfrei geschehen kann, ist es notwendig, daß der Patient auch weiß, was mit ihm geschieht und welche notwendigen oder wahrscheinlichen Folgen die Operation mit sich bringt. Wenn der Patient darüber im Unklaren ist, so ist es Pflicht des Arztes, ihn darüber zu belehren und ihm wenigstens in großen Umrissen auseinanderzusetzen, was er von dem operativen Eingriffe zu erhoffen hat und welches die Gefahren sind, denen er sich unterzieht. Hiebei allzu ausführlich zu werden, dürfte natürlich ebenso verfehlt sein, als der Versuch, den Patienten vollkommen im Unklaren zu lassen. Einzelheiten der Operation zu schildern, wäre natürlich verfehlt, schon deswegen, weil ängstliche Personen dadurch leicht in die Lage versetzt werden können, entweder die Operation ganz und gar an sich zu verbieten oder doch in einen Zustand versetzt werden, der der Vornahme der Operation nicht weniger als förderlich ist. Der goldene Mittelweg wird auch hier, wie so oft das Richtige treffen und die erfahrenen Mediziner befolgen diese Grundsätze auch schon lange.

V. Kapitel.

Der operative Eingriff bei der Vernichtung des Embryo im Mutterleibe.

Von der Behandlung unserer Frage im allgemeinen führt uns der Weg ganz natürlich auch zu diesem höchst wichtigen und bestrittenen Gebiete und die Erörterung dieser Frage im speziellen dürfte kaum weniger Interesse für sich beanspruchen als die allgemeinen Erörterungen. Die Streitfrage, die darüber entstanden ist, ist auch eine so alte, daß schon aus diesem Grunde eine Erörterung dieser Frage angezeigt erscheint. Schon Jahrhunderte lang spielt diese Streitfrage in Theorie und Praxis eine Rolle, ohne daß es bis jetzt gelungen wäre, sie zu einem befriedigenden Resultate zu führen. Immer neue Ansichten, immer neue Theorien tauchen auf und so pflanzt sich der Streit fort von Generationen auf Generationen zum großen Leidwesen unserer Praxis. Es hieße daher wohl die vorliegende Frage nicht in ihrer ganzen Vollständigkeit behandeln, wollte man auf dieses höchst interessante Gebiet der geburtshilflichen Operation nicht eingehen. Eine Einschränkung möge aber hier sofort gemacht werden! Bei der Behandlung dieser Frage handelt es sich weniger darum, festzustellen, welcher rechtlichen Natur die geburtshilflichen Operationen beim gewöhnlichen regelmässigen Verlauf des Geburtsaktes sind. Denn solche operativen Eingriffe an Gebärenden, die ohnehin notwendig sind, damit die Geburt ihren normalen Verlauf nimmt, sind nichts anderes als Eingriffe, die notwendig sind zur Erreichung eines vom Staate gewollten Zweckes und sind deshalb schon ohne weiteres durch die früheren Ausführungen gedeckt. Es kann mitunter aber auch vorkommen, daß um Schlimmeres zu vermeiden, namentlich um das Leben der Mutter, die oft sehr in Gefahr schwebt, zu retten, verwickeltere und gefährlichere Eingriffe nötig werden und zwar Eingriffe nicht nur an der Mutter, sondern am Embryo selbst. Um diese Eingriffe dreht es sich hier; ihre rechtliche Natur festzustellen, soll im wesentlichen im folgenden versucht werden.

Diese Eingriffe können im allgemeinen in drei Formen vorkommen: Die künstliche Unterbrechung der Schwangerschaft durch Einleitung eines Abortus, die Tötung des Embryo im Mutterleibe durch Zerstückelung des Schädels und die Entfernung der einzelnen Teile (Perforation oder

Kraniotomie), endlich die Zerstückelung der toten Frucht im Mutterleibe, damit der Fötus austreten kann (Embryotomie). Die Perforation namentlich wird notwendig, wenn das Becken der Mutter zu enge ist und wegen dieser räumlichen Verhältnisse die Frucht den Durchgang nicht finden kann und wenn die Mutter sich der schweren Operation des Kaiserschnittes, d. h. der Oeffnung des Uterus nach Einschneiden der Bauchdecke und Herausnehmen der Frucht auf diesem Wege nicht unterziehen will. Diese Operationen sind alle lebensgefährlich, sie wurden aber von jeher von den Chirurgen als erlaubt angesehen. Ueber den Grund aber war man sich ebenso uneinig wie über die Gründe der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit beim operativen Eingriffe überhaupt, ja es herrschte vielfach eine noch größere Unklarheit, da manche Vertreter für die Erklärung dieser Frage ganz andere Theorien aufstellen als bei der Behandlung der Frage im allgemeinen [1]).

Man hat schon vielfach den Versuch machen wollen, die ganze Streitfrage zu lösen dadurch, daß man sie unter den Notstandsbegriff subsumieren wollte. Und in der Tat, der Gedanke hat etwas für sich. Man müßte allerdings dann von der Anschauung ausgehen, daß zwei von einander unabhängige Menschenleben miteinander um ihre Existenz zu kämpfen haben und daß die Vernichtung und die Verletzung des einen Gutes nicht strafbar sein kann, wenn sie das einzige Mittel ist, um ein anderes wichtigeres Gut zu erhalten und zu schützen. Das wichtigere Gut wäre in diesem Falle natürlich das Leben der Mutter, da diesem ja der Staat schon lange seinen Schutz angedeihen läßt und der Staat nicht dulden kann, daß der Schutz, den er seinen Angehörigen gewährleistet, diesen entzogen und jemand zugewendet wird, der darauf noch gar keinen Anspruch hat. Allein unsere deutsche Strafgesetzgebung faßt den Begriff des Notstandes viel zu eng, um daraus die Rechtmässigkeit des operativen Eingriffs ableiten zu können. Nach deutschem Rechte [2]) liegt Notstand nur vor, wenn eine Handlung, die zur Verletzung oder Vernichtung eines Rechtsgutes eines anderen führt, notwendig ist, zur Errettung aus gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben des Täters oder eines Angehörigen, wenn im übrigen die Gefahr unverschuldet ist und nicht anders als durch einen Eingriff in das Rechtsgut des andern beseitigt werden

---

[1]) So Stooß, a. a. O.
[2]) Vergl. § 54 RStGB.

kann. Nach deutschem Rechte könnte also nur die Mutter sich in ihrer Notlage auf Notstand berufen. Keineswegs kann man aber von der Tätigkeit des Chirurgen sagen, daß sie notwendig ist, um ihn aus einer augenblicklichen Gefahr für Leib oder Leben zu erretten, sondern der Chirurg will ja den Patienten erretten. Geschützt wäre nach unserem Rechte nur der Arzt, welcher zu der Mutter in einem Verwandschaftsverhältnis stünde, wie es § 52 Abs. 2 RStGB. aufführt. Aber auch alle Versuche auf anderem Wege durch den Begriff des Notstandes die Straflosigkeit des perforierenden Arztes, der mit der Patientin nicht verwandt ist, zu erreichen, müssen als mißlungen bezeichnet werden. v. Schwarze (Kommentar 1884 zu § 54 Nr. 9) will angesichts der engen Fassung des Notstandsbegriffes im RStGB. hier damit helfen, daß er den Arzt, der die Zerstückelung des Embryo im Mutterleibe vornimmt, als Werkzeug in der Hand der Mutter auffassen will, die zu einem Eingreifen selbst nicht imstande ist. Allein der Begriff der mittelbaren Täterschaft dürfte von ihm hier zu Unrecht herbeigezogen sein. Mittelbare Täterschaft liegt m. E. nur vor, wenn der vom Täter benutzte Mensch entweder unzurechenungsfähig oder auch strafunmündig war, oder wenn die Begehung einer Handlung eine bestimmte Absicht erfordert, diese Absicht aber dem zur Handlung Benutzten selbst mangelt, während sie bei dem hiezu Bestimmenden vorliegt. Beides trifft aber hier beim Geburtshelfer nicht zu. Der Arzt kann nicht hier als willenloses Werkzeug behandelt werden, nachdem er mit vollkommen freiem Willen und völlig selbständig vorgeht. Man mag den Notstandsbegriff drehen und wenden, wie man will, um die starre Bestimmung des § 54 RStGB. kommt man nicht herum. Nur des historischen Interesses halber mag hier noch die Ansicht von Mittermaier[1]) erwähnt sein, der davon ausging, der Arzt müsse deshalb straflos sein, weil die Mutter es ja sei, welche ihn zur Hilfe rufe, andere[2]) glaubten den Grund darin gefunden zu haben, daß der Mutter doch das Recht des Notstandes in diesem Falle znstehe und daß dieses Recht doch offenbar illusorisch werde, wenn es nicht hier durch den Arzt ausgeübt werden dürfe. Alle diese Ansichten müssen aber ausnahmslos scheitern an den klaren Bestimmungen unseres Strafgesetz-

[1]) Ueber die Grenzen und Bedingungen der Straflosigkeit der Perforation. Neues Archiv des Kriminalrechts 1825. S. 596.

[2]) Naegele de iure vitae ac necis, quod competit medico in partu. Heidelberg 1826. S. 19. Geib, Lehrb. 1862, S. 225.

buches über den Notstand und es muß deshalb nach unserm zur Zeit geltenden Rechte der Notstandsbegriff ohne weiteres ausscheiden. Es ließe sich aber durch eine entsprechende Weiterfassung dieses Begriffes sicher hier Abhilfe schaffen.

Auch mit dem Begriff der Notwehr hat man zu operieren versucht. Es sind allerdings größtenteils ältere Schriftsteller [1]), die diesen Gedanken zu verwerten suchen; von den neueren möge nur Rubo genannt sein [2]), der in seinem Kommentar ebenfalls von dem Begriff der Notwehr ausgeht. Allein dieser Gedanke erscheint m. E. ganz und gar ungeeignet zur Lösung der Frage beizutragen. Notwehr ist nach § 53 RStGB. diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden. Nur beim Vorhandensein eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs also von seiten des Angreifers, kann von Notwehr gesprochen werden. Wo aber ist beim Geburtsakte die Rechtswidrigkeit eines Angriffs zu erkennen? Es fehlt hier sowohl an dem Begriffe des „Angriffs“ als an dem der „Rechtswidrigkeit“. Unter „Angriff“ versteht man nach Liszt [3]) jede vorsätzliche Gefährdung eines Rechtsgutes durch positive Tätigkeit. Eine solche kann man von der Leibesfrucht aber nicht behaupten. Jedenfalls kann von einer eigenen Tätigkeit der Leibesfrucht hier keine Rede sein, da es lediglich die Naturgewalt ist, welche sie zum Austritt aus dem Mutterleibe drängt. Auch der Begriff der Rechtswidrigkeit muß aus diesem Grunde ausscheiden. Es fehlt etwa nicht nur am subjektiven Tatbestande der Rechtswidrigkeit, auch objektiv kann von Rechtswidrigkeit m. E. nicht gesprochen werden. Alle Versuche der Schriftsteller daher, welche die Frage durch Hinweis auf den Notwehrbegriff lösen wollen, müssen als mißlungen erachtet werden.

Man kann aber nun nicht soweit gehen, daß man, wie einige Schriftsteller [4]) es getan haben, angesichts der Schwierigkeit, die Rechtmäßigkeit der Perforation nachzuweisen vom Standpunkt des geltenden Rechtes überhaupt darauf verzichtet eine Erklärung zu finden. Das hieße doch einfach überhaupt darauf verzichten, wissenschaftlich neue Wege

[1]) So Zeiler in Wagner's Zeitschr. f. österreichische Rechtsgelehrsamkeit 1825, II. S. 211 ff.; Hertz, das Unrecht u. d. allgemeinen Lehren des Strafrechts, Hamburg 1880 § 9 u. a.

[2]) Rubo, Kommentar 1879, II. S. 745.

[3]) v. Liszt, Lehrbuch § 33, S. 144.

[4]) So namentlich Stammler, Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Notstandes, Erlangen 1878, S. 80 Anm. 2. Göb, Behandlung des Notstandes, Goltdammer's Archiv 1880, S. 184.

zu gehen. Man hat diese Idee auch bald wieder aufgegeben, und namentlich in neuerer Zeit sind auf diesem bestrittenen Gebiete Theorien aufgetaucht, die durch ihren Ideenreichtum die ganze Lehre bedeutend gefördert haben. Heimberger[1]) insbesondere geht von der Ansicht aus, es sei ganz selbstverständlich, daß in diesen Fällen der Vernichtung des Embryo eine Ausnahme von der staatlichen Strafpflicht bestehe, da sich die Strafbestimmungen des Strafgesetzbuches über Abtreibung doch offenbar nur auf Embryos beziehe, die die Mutter gebären könne, ohne selbst dabei ihr Leben zu verlieren. Eines erscheint dabei sicher richtig zu sein: der Staat kann den nicht bestrafen, der durch Vernichtung des Lebens des Embryo das Leben der Mutter rettet. Ob dieser Satz aber so selbstverständlich erscheint, wie Heimberger es annimmt, erscheint zum mindesten zweifelhaft, nachdem der Gesetzgeber in den §§ 218—220 RStGB. die Abtreibung ganz allgemein mit Strafe belegt. Das Verbot der Abtreibung dient dem öffentlichen Interesse und damit hier keine Mißstände und Zweifel sich ergeben, wäre es Sache des Gesetzgebers gewesen, durch eine entsprechende Ausnahmevorschrift die ganze Angelegenheit zu klären. Eine solche Ausnahmeregel findet sich indeß nirgends im Gesetze, aber nicht etwa deshalb, weil der Gesetzgeber die Sache für selbstverständlich hielt — so selbstverständlich kann es auch gar niemand erscheinen angesichts unserer Bestimmungen über Tötung und Körperverletzung, daß es dem Geburtshelfer erlaubt sein soll, ein Wesen zu töten, das Leben in sich trägt — sondern der Grund dafür, daß eine solche Ausnahmebestimmung nicht Aufnahme im Gesetze fand, kann offenbar nur der sein, daß der Gesetzgeber das Recht des Arztes oder des sonstigen Geburtshelfers zur Tötung des Embryo schon durch andere Rechtssätze für genügend gedeckt hielt.

Wieder einen anderen Weg hat Stooß[2]) in dieser Frage eingeschlagen und zwar ganz im Gegensatze zu seinen oben schon erläuterten Grundsätzen, in denen er sich allgemein über dieses Gebiet verbreitet. Während er nämlich im allgemeinen der Ansicht ist, daß die ärztliche Be-

---

[1]) Heimberger, Ueber die Straflosigkeit der Perforation, Berlin 1889, S. 28—33. Strafrecht und Medizin, München 1899, § 10, S. 64 ff. Die gleiche Ansicht vertreten Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, Bonn 1881, B. II. S. 68. Geyer in v. Holtzendorff's Handbuch d. deutschen Strafrechts, B. III. S. 460, 461. Dietrich, a. a. O. S. 44.

[2]) Stooß, Chirurgische Operationen und ärztliche Behandlung Berlin 1898.

handlung regelmäßig keine Körperverletzung oder Mißhandlung sei, muß er am Schlusse seiner Abhandlung offen gestehen, daß die entwickelten Grundsätze leider nicht ausreichen zu einer befriedigenden Erklärung dieser höchst wichtigen und bestrittenen Materie von der geburtshilflichen Operation. Denn daß der Gynäkologe, der solche geburtshilflichen Operationen vornimmt, zum mindesten Körperverletzungshandlungen begeht und daß der Chirurg, der eine Transfusion oder eine Transplantation ausführt die Person, der er Blut entzieht, oder Hautstückchen wegschneidet, am Körper verletzt, kann Stooß angesichts der Tatsachen doch nicht in Abrede stellen. Liegen aber Körperverletzungen vor, so sind diese auch strafbar, wenn nicht durch besondere Rechtsnormen die Rechtswidrigkeit und damit die Strafbarkeit der Handlung beseitigt wird. In Befolgung dieses Grundsatzes ist Stooß dann auch dazu übergegangen, für dieses spezielle Gebiet der geburtshilflichen Operation eine eigene Rechtsnorm aufzustellen, durch welche die Rechtswidrigkeit der Handlung beseitigt wird. Und diese Rechtsregel ist ihm das Gewohnheitsrecht. Er betrachtet den Satz[1]): „der Embryo darf zur Rettung des Lebens der Mutter geopfert werden", als seit undenklichen Zeiten in der Rechtsüberzeugung des Volkes begründet, seit undenklichen Zeiten werde derselbe auch in dieser Ueberzeugung angewendet und bestehe daher zu Recht.

Allein weiter als über diese bloße Behauptung ist Stooß nicht hinausgekommen, er hat auch gar nicht einmal den Versuch gemacht, den Beweis für die Richtigkeit seiner Aufstellung zu erbringen, sondern sich einfach mit dem Hinweis darauf begnügt. Schon dieser Umstand ist geeignet, einen lebhaften Zweifel in die Richtigkeit seiner Ausführungen zu setzen; mit bloßen Behauptungen wird die Sache wissenschaftlich nicht geklärt und schon aus diesem Grunde dürfte die Ansicht von Stooß abzulehnen sein.

Allein es ist noch ein Grund, der zu berechtigten Zweifeln an der Richtigkeit seiner Ansicht Anlaß gibt und das ist der Umstand, daß Stooß genötigt ist, auf eine einheitliche Lösung der ganzen Frage zu verzichten und für das Gebiet der geburtshilflichen Operation besondere Grundsätze aufstellen will. Dieses Verfahren ist zum mindesten sehr verdächtig, mag man auch nicht so weit gehen, Stooß darob den Vorwurf der Inkonsequenz zu machen. Es beweist eben nur, daß Stooß mit seiner Behauptung, opera-

---

[1]) Stooß a. a. O. S. 72.

tive Eingriffe seien keine Körperverletzungen, doch nicht so ganz Recht hatte, indem er wenigstens bei geburtshilflichen Operationen den Körperverletzungscharakter nicht in Abrede zu stellen vermag. Hat er sich aber erst einmal dazu verstanden, dann muß er auch die Konsequenzen dieser Annahme ziehen und eine Rechtsnorm suchen, durch die diese Operation für straflos erklärt ist. Insofern also hat er m. E. ganz konsequent gehandelt; nur darin finde ich eine Schwäche seiner Beweisführung, daß er genötigt ist, für im Grunde genommen ganz gleichartige Operationen verschiedene Theorien aufzuführen. Wenn zugegeben wird, daß die geburtshilfliche Operation Körperverletzung ist, bei der doch auch nichts anderes geschieht, als daß in die Körperintegrität von Lebewesen eingegriffen wird, warum sollen dann die Eingriffe bei gewöhnlichen Operationen, bei denen doch die gleiche Handlung des Operierenden stattfindet, keine Körperverletzungen sein? Aber gleichwohl nimmt Stooß in dem einen Fall Körperverletzung an, während er sie im andern Falle verneint. Auffällig mußte es auf jeden Fall auch ihm erscheinen, daß bei einer so großen Aehnlichkeit der Fälle eine so große Verschiedenheit in der Erklärung zutage treten solle. In beiden Fällen handelt es sich um operative Eingriffe und wenn beide straflos und berechtigt sein sollen, so muß ein rechtliches Moment da sein, das beiden diesen Charakter verleiht; immer aber kann die Lösung dieser Frage nur eine einheitliche sein, nachdem es sich doch in beiden Fällen immer um denselben operativen Eingriff handelt. Der Umstand, daß Stooß hier also zu zwei rechtlich ganz verschiedenen Resultaten kommt, sollte wohl zu Bedenken Anlaß geben und zu einer Ueberprüfung seiner Ansicht führen. Für uns aber ist dieser Umstand Anlaß genug, seine Theorie abzulehnen und uns einer anderen zuzuwenden, die wohl mehr Garantien für ihre Richtigkeit bietet. Es ist dies die Ansicht v. Lilienthals, wie er sie in seiner Festschrift zur Feier des 50. Jahrestages der Doktorpromotion des Geheimen Rates Professor Dr. Ernst Imanual Becker von Heidelberg darlegt und treffend zu erläutern weiß; sie soll auch als Grundlage für die folgenden Ausführungen betrachtet werden.

Stooß beginnt seine Ausführungen über dieses Gebiet unter einem eigenen Kapitel mit der Ueberschrift: „Aerztliche Behandlung, durch die ein Dritter verletzt wird“ [1]) und gibt dadurch deutlich zu erkennen, daß er den Embryo,

[1]) Stooß, a. a. O., S. 65.

auch wenn er noch garnicht ausgetragen ist, auf jeden Fall als selbständiges lebendes Wesen im Sinne des Strafrechts betrachtet haben will, an dem deshalb auch gesonderte Verbrechen oder Vergehen begangen werden können. So weit verbreitet diese Ansicht ist, so vielen Zweifeln dürfte sie begegnen. Richtig dürfte zunächst das sein: der Embryo genießt als zukünftiges menschliches Wesen erhöhten strafrechtlichen Schutz. Es ist dies eine soziale Vorschrift, die im Interesse der menschlichen Gesellschaft ganz allgemein erlassen ist und verhüten soll, daß mit der Volkskraft und der Volksgesundheit leichtfertiges Spiel getrieben wird. Auch das Zivilrecht erkennt in dieser Beziehung eine Fürsorgepflicht für die zu erwartende Leibesfrucht an, namentlich in vermögensrechtlicher Hinsicht. Aber nirgends, weder im Strafgesetzbuche noch im bürgerlichen Gesetzbuche, ist irgendwie mit einer Silbe davon die Rede, daß die zu erwartende Leibesfrucht als vollwertige selbständige Person angesehen wird. Es werden ihr wohl manchmal die Rechte einer solchen Person zugebilligt, allein dies ist nur ausnahmsweise der Fall und kann nur da Anwendung finden, wo das Gesetz dies ausdrücklich gestattet. Wo dies aber nicht der Fall ist, kann die Leibesfrucht als vollwertige, selbständige Person nicht angesehen werden. Es ist darum auch von Stooß eine ganz willkürliche Annahme, wenn er davon ausgeht, daß an einer Leibesfrucht als an einer dritten, selbständigen Person Körperverletzungen oder sonstige Verbrechen mit Ausnahme natürlich der §§ 218 bis 220 begangen werden könnten. Diese sind nur möglich an körperlich vollständig selbständigen Personen; als solche kann aber die Leibesfrucht nicht angesehen werden, sondern diese hat bis zu dem Augenblicke, wo ihre Unselbständigkeit aufhört, als pars viscerum matris zu gelten. Es kann deshalb die Herbeiführung eines Abortus während der Schwangerschaft oder die vorherige Tötung und stückweise Entfernung des Embryo oder die Zerstückelung des Embryo nach eingetretenem Tode nicht als eine Operation an einer dritten Person betrachtet werden, sondern muß als eine verbotene Verletzung der Mutter erscheinen. Diese Auffassung ist uralt, schon das römische Recht hat sie gekannt und verbreitet, dann aber hat man diesen Standpunkt unbegreiflicherweise wieder verlassen und Jahrhunderte lang die Abtreibung als homicidium bestraft. In neuerer Zeit aber ist man vielfach wieder zu dem altbewährten Grundsatze zurückgekehrt. Fraglich kann nur der Umstand sein, wann man nämlich den Augenblick annehmen soll, wo der

Embryo zu selbständigem Leben fähig wird und deshalb an ihm als Mensch selbständige Verbrechen oder Vergehen begangen werden können. Das Zivilrecht hat für seine Zwecke sich diese Frage selbständig beantwortet, indem es in seinem § 1 BGB. bestimmte: „Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt". Durch diese Bestimmung sind die größten Zweifel auf diesem Gebiete wohl beseitigt und es ist nur zu bedauern, daß wir für das Strafrecht nicht eine ähnliche klare und deutliche Bestimmung des Begriffes „Mensch" haben. Das Richtige scheint mir Liszt zu treffen, der den Unterschied zwischen Fötus und Mensch folgendermaßen definiert:

„Mensch ist das vom Menschen erzeugte Lebewesen, das ein vom Leben der Mutter unabhängiges Dasein führt. Das selbständige Dasein beginnt aber für das Strafrecht nicht erst wie nach dem BGB. § 1 „mit der Vollendung der Geburt", also mit der völligen Loslösung des Kindes von der Mutter, auch nicht schon mit dem Anfange der Ausstoßungsbewegungen (den Wehen), sondern mit dem Aufhören der fötalen Plazentaratmung und der Möglichkeit der Atmung durch die Lungen" [1]). Von diesem Augenblicke an haben wir es mit einem selbständigen Menschen zu tun, an dem Tötungen und Körperverletzungen möglich sind und alles, was vorher geschieht, hat als Abtreibung und damit an und für sich als strafbare Verletzung der Mutter zu gelten. Bei dieser Auslegung wird auch der Inhalt des § 217 RStGB. verständlich, der von der Tötung eines Kindes spricht, „in oder gleich nach der Geburt". Das Gesetz geht hier von der Ansicht aus, daß schon in der Geburt die Tötung eines Kindes, d. h. eines selbständigen, menschlichen Wesens möglich ist. Das ist nach der obigen Definition auch sehr gut möglich. Es ist eben der kurze Augenblick von dem Aufhören der Plazentaratmung bis zur Lösung der physiologischen Verbindung mit der Mutter durch Trennung der Nabelschnur; alles, was vor diesem Augenblicke an dem Embryo geschieht, kann nicht als Eingriff an einem dritten Wesen gelten, sondern muß als Eingriff in die selbständige körperliche Integrität der Mutter betrachtet werden. Daß diese Auffassung richtig ist, ergibt sich ja auch durch das Gesetz selbst. Wenn der Embryo eine selbständige Persönlichkeit ist im Sinne des Strafrechts, warum ist er dann nicht gegen fahrlässige Tötung geschützt, etwa seitens der Mutter? Oder müßte

[1]) Liszt, Lehrbuch § 60 S. 299.

die schwangere Mutter dann im Falle eines Selbstmordversuchs, wenn sie sich von den Folgen dieser Tat erholt, nicht gestraft werden wegen Versuchs der Tötung ihres noch ungeborenen Kindes? Eine indirekte Anerkennung dieses Grundsatzes ist auch der § 220 RStGB., der die Abtreibung wider den Willen der Mutter erheblich höher bestraft; was kann auch für ein großer Unterschied sein, ob an der Mutter z. B. ein operativer Eingriff vorgenommen wird, um einen schädlichen Auswuchs eines wichtigen Organs im Innern ihres Körpers zu beseitigen oder ob der Eingriff vorgenommen wird, um einen schon vorher abgestorbenen Embryo zu entfernen? Und doch nehmen die Gegner hier einen ganz verschiedenen Standpunkt ein. So behauptet Stooß, im ersteren Falle läge überhaupt keine Körperverletzung vor, im letzteren Falle aber könne er nicht leugnen, daß eine Körperverletzung vorliege, die Erlaubtheit des Eingriffes sei aber hier durch das Gewohnheitsrecht gegeben. Wo ist hier der innere Unterschied zwischen einer so verschiedenen Auffassung der ganzen Sache? Nein, die Abtreibung durch die Mutter ist und bleibt eine strafbare Selbstverletzung, ein Gegenstück im wahren Sinne des Wortes zu dem schon früher erwähnten § 142 RStGB.

Es ist schon früher darauf hingewiesen worden, daß die Selbstverletzung nur dann strafbar sein kann, wenn entweder dadurch zugleich in das Rechtsgut eines Dritten eingegriffen wird oder wenn die Verfügung über dieses Rechtsgut als etwas unsittliches erscheint. Mag man nun den einen oder den anderen Grund hier für anwendbar erklären — es lassen sich in der Tat beide rechtfertigen — soviel steht jedenfalls fest, daß die Abtreibung als strafbare Selbstverletzung in den § 218—220 vom Gesetze unter strenge Strafe gestellt ist. Ist aber das der Fall und die Abtreibung namentlich nicht als Vergehen gegen eine dritte Person zu erachten, so muß auch eine Operation, die sich auf dieses Gebiet erstreckt, wenn sie im Interesse der Mutter notwendig ist, nicht als eine Operation an einer dritten Person gelten, sondern, auch wenn sie eine geburtshilfliche Operation ist, als Operation an der Mutter selbst. Es haben darum bei der geburtshilflichen Operation bezüglich der Erlaubtheit des operativen Eingriffs die gleichen Grundsätze Anwendung zu finden, wie bei den gewöhnlichen Operationen selbst, d. h. jeder operative Eingriff, der als das notwendige oder wahrscheinliche Mittel zur Erreichung eines von der Rechtsordnung gewollten Zweckes

(nämlich hier der Erhaltung des Lebens der Mutter) erscheint, muß gestattet und daher straflos sein. Daß die Rechtsordnung hier ein größeres Interesse an der Erhaltung des Lebens der Mutter als eines bestehenden Wesens hat, als an dem des Embryo, ist sehr natürlich und bedarf keines weiteren Beweises. Ist es darum unmöglich, ohne schwere Gefährdung des Lebens der Mutter, daß diese ihre Schwangerschaft zu Ende trägt, und erkennt der gewissenhafte Arzt die Abtreibung als das einzige notwendige und wahrscheinliche Mittel, die Mutter am Leben zu erhalten, so ist er zur Unterbrechung der Schwangerschaft durch Einleitung eines Abortus wohl berechtigt und niemand wird ihn für diese Operation strafrechtlich verantwortlich machen können und wollen. Die gleichen Grundsätze haben natürlich auch zu gelten für den Fall der Embryotomie und der Kraniotomie. Für den Fall der Embryotomie ist das eigentlich schon selbstverständlich, da hier die Leibesfrucht schon vorher abgestorben ist und es Sache des operativen Eingriffs hier nur ist, die Frucht im Mutterleibe zu zerstückeln und dann einzeln zu entfernen. Zu Körperverletzungshandlungen kann es dann selbstverständlich an der Frucht nicht mehr kommen. Da aber die tote Frucht im Interesse der Mutter notwendigerweise entfernt werden muß, so muß auch diese Operation an der Mutter erlaubt und straflos sein.

Nicht anders verhält es sich schließlich mit der Kraniotomie. Obwohl hier meistens die Schwangerschaft ihr Ende schon erreicht hat, kann doch nicht davon die Rede sein, daß wir es mit einer selbständigen menschlichen Persönlichkeit zu tun haben. Denn unter Zugrundelegung der obigen Definition v. Liszt beginnt das selbständige Dasein eines Menschen erst mit dem Aufhören der fötalen Plazentaratmung und der Möglichkeit der Atmung durch die Lungen. In dieses Stadium ist aber der Fötus noch nicht getreten, so lange er sich noch im Mutterleibe befindet. Sodann ist aber weiter zu berücksichtigen, daß in den Fällen, in denen eine Kraniotomie nötig wird, die Geburt des Embryo auf normalem Wege überhaupt nicht möglich ist. Er kann also gar nie selbständiges Dasein gewinnen und verliert darum von vorneherein das Recht, als selbständiges Wesen behandelt zu werden. Der Chirurg, der sich also dazu entschließt, durch Zerstückelung der Leibesfrucht im Mutterleibe das Leben der Mutter, das sonst unrettbar verloren ist, zu erhalten, begeht dadurch nicht eine Operation an einer dritten Person, sondern lediglich

einen Eingriff an der Schwangeren selbst, der aber im Hinblick auf den Zweck der ganzen Handlung als das einzige Mittel, das zur Rettung der Mutter dienen kann, straflos bleiben muß.

Nur eine einzige Ausnahme wäre in diesem letzteren Falle vielleicht möglich, um auf diese Weise zu einem Ziel zu gelangen, das es auch dem Embryo ermöglichte, ein selbständiges Dasein zu erlangen. Und diese Ausnahme wäre die Vornahme des sogenannten Kaiserschnittes bei der Mutter, d. h. die Aufhebung der Bauchdecke und Herausnahme des Embryo. Allein diese Operation ist für die Mutter so gefährlich, daß man ihr nicht gut diesen Heroismus zumuten kann, daß sie nämlich ihr Leben in die Schanze schlägt, um das des Embryos zu retten. Ausgeschlossen ist dieser Heldenmut natürlich nicht, aber er wird doch das Anormale sein. Einen Zwang aber von Seiten des Staates etwa anzunehmen, sich dieser Operation zu unterziehen, dürfte keinem vernünftigen Menschen einfallen. Denn der Staat kann doch nicht das Unvernünftige verlangen und die Mutter zwingen, ihr Leben, dem er seinen Schutz schon lange zugesagt hat, zu opfern, um ein Leben zu retten, das er selbst viel weniger bewertet als das Leben der Mutter, indem er ja die Tötung eines Fötus viel geringer bestraft als die Tötung eines Menschen. Eine solche Operation ist nur möglich, wenn die Mutter freiwillig sich hiezu versteht. Denn der an und für sich dadurch bezweckte gute Erfolg darf nicht soweit gehen, daß er die Einwilligung der Mutter ganz außer Betracht ließe. Will aber die Mutter der Gefahr des Kaiserschnittes sich nicht unterziehen, und Niemand kann sie hiezu zwingen, so bleibt nichts übrig, als die Vornahme der Perforation. Denn einen dritten Ausweg gibt es nicht. Der einzige Ausweg wäre eben der, die Dinge gehen zu lassen, wie sie kommen; das wäre aber gleichbedeutend mit der Vernichtung des Lebens der Beiden. Diesen Zustand kann das Gesetz aber sicher nicht wollen. Es bleibt also in allen diesen Fällen nur der einzige Ausweg übrig: Die Vornahme der Perforation als einer Operation an der Mutter muß erlaubt und darum straflos sein.

VI. Kapitel.

Transfusion und Transplantation.

Auch zu dieser Frage soll wenigstens kurz hier Stellung genommen werden. Die Transfusion von Blut war früher ein sehr häufig angewandtes Verfahren. Sie hatte den Zweck, Leuten mit krankem Blut dadurch zu helfen, daß man ihnen das Blut gesunder Menschen, das man diesen zu solchem Zwecke entzog, zuführte und sie dadurch zu neuem Leben entfachen wollte. Infolge des stetigen Fortschritts unserer Wissenschaft ist man aber heute zu einer anderen Auffassung gelangt und hat den alten Standpunkt fast ganz verlassen. Man hat heute in der Kochsalzinfusion ein Mittel gefunden, das den Zweck viel besser und gefahrloser erfüllt, als es bei dem umständlichen Verfahren früher der Fall war. Infolgedessen spielt diese ganze Frage heutzutage nur noch eine ganz untergeordnete Rolle. Umso häufiger kommt aber auch heute noch die Transplantation, d. h. die Ueberführung von Hautstückchen von einer gesunden auf eine kranke Stelle eines Menschen vor. Dies kann namentlich da notwendig werden, wo bei starken Hautverletzungen sich eine Heilung auf andere Weise nicht erzielen läßt. Hat man die Haut von frischen Leichen zur Verfügung, so ist die Sache ziemlich einfach. Oft benutzt man aber auch die gesunde Haut des Patienten selbst, indem man sie an weniger empfindlichen oder weniger sichtbaren Stellen, etwa am Oberschenkel wegnimmt und sie nach den verletzten Stellen überträgt. Unter solchen Umständen bietet das Verhalten des Chirurgen wohl kaum Anlaß zu einer juristischen Erörterung dieser Frage. Anders wird aber sofort die Sache, wenn der Arzt genötigt ist, die Haut anderer Menschen zu seinen Operationen zu benutzen. Hier fängt die Sache erst an, für den Juristen praktisch zu werden. Gesundheitstörend sind diese Operationen durchaus nicht und bei einigermaßen guter Konstitution und etwas Schonung heilen die Verletzungen bald wieder, ohne irgendwie nachteilige Folgen zu hinterlassen. Das ist auch wahrscheinlich der Grund, warum Stooß sie unter die leichten Körperverletzungen gezählt haben will, deren Verfolgung nur auf Privatklage oder auf Antrag des Verletzten geschehe [1]). Allein diese Auffassung von Stooß ist sicherlich ungerechtfertigt. Wenn auch die Verletzungen

[1]) Stooß, a. a. O. S. 73.

nicht gerade so schwerwiegender Natur sind, so werden sie doch mit einem Messer, d. i. mit einem gefährlichen Werkzeuge im Sinne des § 223 a RStGB. beigebracht, und aus diesem Grunde sind sie zu den gefährlichen Körperverletzungen zu rechnen. Von Privatklage oder Antrag des Verletzten kann hier also keine Rede sein, sondern es hat das Offizial-Verfahren Platz zu greifen. Straflos können diese Eingriffe nur dadurch werden, daß sie das notwendige Mittel zur Herbeiführung der Gesundheit eines anderen sind, dem Kranken durch den Eingriff voraussichtlich kein dauernder Schaden an der Gesundheit entsteht und namentlich nicht gegen den Willen des Verletzten begangen werden. Denn Niemand braucht sich Eingriffe an seinem eigenen Körper gefallen zu lassen, um dadurch anderen zur Rettung zu helfen. Nur, wenn er selbst dazu seine Einwilligung gibt, wird die Rechtswidrigkeit und damit die Strafbarkeit der Handlung beseitigt. Die Einwilligung des Verletzten ist aber, wie das ja an anderer Stelle schon zur Genüge ausgeführt worden ist, mit ein Grund, der die Rechtswidrigkeit einer Handlung auszuschließen vermag, wenn der Einwilligende durch die Einwilligung nicht zugleich in das Rechtsgut eines Dritten eingreift oder die Einwilligung selbst als etwas Unsittliches erscheint. Beides ist aber hier nicht der Fall. Die Handlung erscheint nicht nur nicht als etwas Unsittliches, sondern muß geradezu als Heroismus erscheinen und wird im allgemeinen nur dort möglich sein, wo eine sehr große gegenseitige Liebe und Anhänglichkeit herrscht. Liegt also diese Einwilligung vor — und auch die Einwilligung eines Minderjährigen, der über die Folgen seiner Handlungsweise mit sich im Klaren ist, erachte ich für genügend — so kann sich der operierende Arzt einer strafbaren Handlung nicht schuldig machen. Dagegen dürfte die Zustimmung eines noch unzurechnungsfähigen Kindes oder eines Minderjährigen, der sich aus Liebe vielleicht zu Vater oder Mutter oder zu einem sonstigen nahen Verwandten gerne zu einer derartigen Manipulation hergäbe, aber die zur Erkenntnis der Folgen dieser Handlungsweise nötige Kenntnis noch nicht besitzt, nicht genügen.

Diese Grundsätze haben natürlich auch Geltung für die Fälle der Transfusion von Blut, soweit sie noch vorzukommen pflegen und der Arzt, der sich bei Operationen derart stets nach diesen Grundsätzen richtet und nie an fremden Personen ohne deren Einwilligung solche Manipulationen vornimmt, wird sich vor Verantwortung schützen. Aus diesen

Gründen wird es für den Arzt stets sein erstes sein, sich die rechtsgültige Einwilligung desjenigen zu erholen, der seinen Körper dem Arzte zur Verfügung stellt und dann erst kann er an die eigentliche Operation gehen, ohne befürchten zu müssen, dem Strafrichter zu verfallen.

VII. Kapitel.

Der zu Versuchszwecken unternommene operative Eingriff.

Auch dieses Kapitel ist von großer, praktischer Bedeutung, sowohl für den Leidenden selbst, als auch für die Allgemeinheit. Denn das Experiment ist die notwendige Grundlage jeden Fortschritts unserer medizinischen Wissenschaft und ohne Experiment wäre diese Wissenschaft nie zu der hohen Blüte gelangt, in der wir sie jetzt finden. Darum kann die Bedeutung des Experimentes gar nicht hoch genug eingeschätzt werden und wenn das Strafrecht sich hier hindernd in den Weg stellen wollte, wäre unsere ganze medizinische Wissenschaft so gut wie lahm gelegt. Das Hauptkontingent zur Befriedigung des wissenschaftlichen Forschungsdranges stellen heutzutage unstreitig die Tiere. Diese Praxis hat schon oft namentlich in den Kreisen aller Tierfreunde lebhaften Widerspruch gefunden und mit Wort und Schrift wird gegen dieses Verfahren, die Vivisektion, wie man es genannt hat, Einspruch erhoben. Ob diese Vorwürfe in ihrer Allgemeinheit, wie sie erhoben werden, berechtigt sind, dürfte zu bezweifeln sein. Gewiß, es mag wie überall, auch hier Mißstände und Mißbräuche geben, aber wo es sich um wirklich ernste, wissenschaftliche und systematische Erforschung handelt, können die Vivisektionen nicht entbehrt werden. Sie sind das unbedingt nötige Material für den ernst und rastlos arbeitenden Forscher und dienen hauptsächlich dazu, die in einsamer Studierstube mühsam erworbenen Kenntnisse und Theorien auf ihre praktische Verwendbarkeit im Leben zu prüfen. Versuche, die einzig und allein nur zu diesem Zwecke erfolgen, um durch die Kenntnis der Wirkung der Operation am Tierkörper auf die Wirkung am menschlichen Körper schließen zu können, müssen sicherlich schon im Interesse der Wissenschaft als berechtigt und straflos erscheinen. Denn der gute Zweck, den man damit zu erreichen strebt,

schließt die Widerrechtlichkeit und damit die Strafbarkeit der Handlung aus.

Diese Fälle des Versuchs an Tieren seien aber nur nebenbei erwähnt, sie zählen im allgemeinen nicht in den Rahmen dieser Abhandlung. Es ist aber in Medizinerkreisen auch üblich geworden, manchmal Menschen als Objekte ihrer wissenschaftlichen Versuche zu benützen und hauptsächlich hier setzt unser Interesse ein. Ist solches zulässig oder macht sich der Arzt, der dieses tut, strafrechtlich verantwortlich? Auch diese Frage läßt sich mit Hilfe unseres schon oben dargelegten Grundsatzes ohne größere Schwierigkeiten beantworten.

Von dem Begriff des eigentlichen Experiments möchte ich aber zunächst alle diejenigen Operationen ausgenommen wissen, die in ihren Folgen in der Theorie sowohl wie durch Versuche am Tier schon zur Genüge erprobt sind und die in dieser Hinsicht auch ein ganz gutes Resultat gezeitigt haben, bei denen aber es sich nur darum handelt, sie zum erstenmale beim Menschen in Anwendung zu bringen. Solche Operationen haben eigentlich weniger mehr den Charakter von Experimenten, als vielmehr stellen sie ein Novum dar auf diesem Gebiete, indem sich eben der Behandelnde nicht auf die Erfahrung anderer in gleichen oder ähnlichen Fällen berufen kann, sondern auf sein ärztliches Wissen und Können allein angewiesen ist. In einem solchen Stadium befindet sich natürlich jedes Mittel, das dem Arzte zur Verfügung steht, einmal und sie sind notwendig, um die medizinische Wissenschaft zu vervollkommnen. Für den Arzt aber muß diese Tatsache ein Ansporn sein, eine umso größere Vorsicht bei der Behandlung des Patienten an den Tag zu legen. Wenn der Zweck der Operation ein guter ist und die Operation zugleich das notwendige und wahrscheinliche Mittel zur Erreichung dieses Zweckes ist, der Patient auch zuguterletzt seine Einwilligung nicht versagt hat, so muß der Eingriff straflos erscheinen, trotz des scheinbar etwas gefährlichen und gewagten Verhaltens, das der Arzt an den Tag legt. Wäre es anders, so dürfte ja auch kein Arzt es riskieren, eine neue Entdeckung in die Praxis umzusetzen, aus Furcht dadurch dem Strafrichter in die Hände zu fallen.

Es gibt aber noch eine Reihe anderer Experimente, bei denen die Sache nicht so einfach liegt, die lediglich unternommen werden, nicht im Interesse des Patienten selbst, sondern die mehr der Allgemeinheit zugute kommen sollen. Sie haben nicht sowohl den Zweck, eine bestimmte

Person von einer bestimmten Krankheit zu befreien, sondern ihr Ziel ist lediglich, theoretisch wissenschaftliche Ergebnisse einwandfrei durch die Praxis nachzuweisen. Ihr Zweck ist zunächst nicht ein rein ärztlicher, sondern ein rein wissenschaftlicher. Durch den Eingriff soll eine Tatsache konstatiert werden, deren Feststellung für die Allgemeinheit von dem größten Interesse ist, die aber für die Heilung des Patienten nichts beiträgt. Auszugehen ist hier auf jeden Fall von dem Grundsatze, daß unter gar keinen Umständen an einer Person, ob sie gesund oder krank ist, ob ihre Krankheit heilbar ist oder nicht, wissenschaftliche Experimente vorgenommen werden dürfen ohne ihre spezielle Erlaubnis. Es ist dies ein Ausfluß der persönlichen Freiheit, die jedem einzelnen Menschen vom Gesetze so lange garantiert ist, als nicht das Gesetz selbst das Gegenteil vorschreibt. Niemand kann daher gezwungen werden, sich zum Versuchsobjekte herzugeben in Fällen, in denen er nicht freiwillig hiezu seine Einwilligung gegeben hat. Geschieht dies dennoch, so macht sich der behandelnde Arzt wegen Körperverletzung nach § 223a RStGB. schuldig. Auf die mehr oder weniger große Gefährlichkeit der Mittel wird es dann meistens gar nicht mehr ankommen, da ja schon aus der bloßen Tatsache der Nichteinwilligung des Patienten sich die Strafbarkeit ergibt. Steht aber dem Arzte die Einwilligung des Patienten zu Versuchen an seinem Körper in diesen Fällen zu Seite, dann muß ihn der Zweck der ganzen Handlung in Verbindung mit der Einwilligung vor staatlicher Strafe schützen und zwar so lange, als nicht speziell durch das Experiment irgend eine unmittelbare Gefahr für das Leben oder die Gesundheit des Versuchsobjektes entsteht. Denn der Zweck der ganzen Handlung ist ja hier nicht die Gesundheit des Patienten selbst dadurch zu fördern, sondern durch die Versuchshandlung soll eben nur mittelbar der ganzen leidenden Menschheit geholfen werden. Durch die Versuchshandlung darf eben deshalb auch das Leben des Patienten nicht einer erheblichen Gefahr ausgesetzt werden oder gar dem sicheren Untergang geweiht sein. M. E. sind darum Versuche, wie sie von gewissenlosen Forschern hie und da vorgenommen werden und namentlich die Ansteckungsfähigkeit gewisser, sehr schwerer Krankheiten beweisen sollen, durch ihren Zweck nicht mehr gedeckt und müssen als unbedingt strafbar betrachtet werden. Mag es sich nun darum handeln, die Ansteckungsfähigkeit der Syphilis oder die Uebertragbarkeit von krebsartigen Geschwüren oder anderer ge-

fährlicher Krankheiten durch den Versuch am lebenden Menschen darzutun, nie kann ihr angeblich wissenschaftlicher Zweck solche Versuche gutheißen, sondern sie sind und bleiben Verbrechen, die mit erlaubter operativer Tätigkeit nichts mehr gemein haben. Diese Ansicht vertreten, soviel ich sehe, auch die meisten Schriftsteller und auch Oppenheim macht hier keine Ausnahme, soweit es sich wenigstens um den Versuch an vollständig gesunden Menschen handelt. Anders will er aber offenbar die Sache aufgefaßt wissen bei experimentellen Eingriffen an einwilligenden unheilbaren Kranken. Anknüpfend an einen Fall, in dem man einer Krebskranken, nicht mehr operierbaren und unrettbar dem Tode verfallenen Patientin, ohne ihre Leiden zu steigern, auf noch gesunde Hautstellen Krebsknötchen von kranken Stellen hertransplantiert hat, um die Uebertragbarkeit des Krebses in dieser Weise experimentell zu erforschen, kommt er zu der Ueberzeugung, daß in diesem Falle das Experiment — die Einwilligung des Patienten natürlich vorausgesetzt — ein berechtigtes sein dürfte; „denn, so führt er aus, was für den Gesunden eine große Gefahr ist, kann für den unheilbar Kranken gefahrlos sein, weil sein Leiden eine Höhe erreicht haben mag, welche nicht mehr zu steigern ist“ [1]). Allein, ob diese Ansicht richtig ist, dürfte mehr als fraglich erscheinen, ich wenigstens kann mich seiner Ansicht nicht anschließen und halte nach wie vor jedes Experiment dieser Art für ein Verbrechen an dem Patienten. An sich selbst mag der Forscher ja so viele Versuche anstellen als er will, das ist strafrechtlich belanglos; so bald er aber in das Rechtsgebiet Dritter eingreift, ändert sich die Sache und ich glaube nicht, daß Oppenheim hier Recht hat, wenn er zu Gunsten seiner Ansicht die Rechtsüberzeugung des Volkes für sich in Anspruch nimmt.

Das gesunde Volksempfinden lehnt solche Zumutung sicherlich entschieden ab.

---

[1]) Oppenheim a. a. O. S. 38.

Schluß.

So sind wir denn am Ende unserer Abhandlung angelangt; eine Fülle des interessantesten Materials ist uns begegnet, aber auch manche Anregung ist uns geboten worden. Die Behandlung der Frage, die im Mittelpunkt des praktischen Lebens steht, bringt es mit sich, daß ihr das größte Interesse entgegengebracht wird und groß ist die Zahl der Wege, die man betreten hat, um zu einem für die Allgemeinheit befriedigenden Resultate zu gelangen. Aus diesem Wirrwarr der Meinungen gilt es, den richtigen Weg herauszufinden und wenn hiezu etwas beizutragen, der vorliegenden Abhandlung gelungen sein sollte, dann dürfte sie ja ihren Zweck erreicht haben.

Der Umstand, daß uns das Gesetz bei der Behandlung dieser Frage ganz im Stiche läßt, ist der Grund, daß sich eine so große Zahl von Ansichten über die Erlaubtheit des operativen Eingriffs bilden konnte. Aber immerhin hat die Klärung der ganzen Frage schon viele Fortschritte gemacht, jede neue Abhandlung bringt neue Gedanken und Ansichten. Unter der Lupe kritischer Beleuchtung läßt sich gar mancher Fehler einer Theorie entdecken, gar manche schiefe Konstruktion kommt zum Vorschein, über die man sonst unbedachtsam hinwegsieht. Darum ist es gut, wenn diese Frage recht oft und eingehend zum Gegenstand von Erörterungen gemacht wird. Alte, unbrauchbar gewordene Ansichten werden aufgegeben, neue Theorien werden zu begründen versucht und wenn auch das Leben dieser neuen Theorien oft ein nicht zu langes ist, ihren Zweck haben sie doch nicht verfehlt und das ist das Einsetzen einer gesunden Kritik und im Anschluß daran neue Gedanken und neue Anregungen. Aus dem Chaos der Meinungen lösen sich allmählich und unmerklich eine ganze Reihe von Gedanken los, die fest und unverrückbar gleichsam das Fundament des ganzen bilden und die als unbestritten allgemeine Anerkennung finden. Auf diese Weise geht der Konzentrationsprozeß weiter, immer mehr der Wahrheit sich nähernd. Ob aber einmal der Zeitpunkt kommen wird, wo über diese Frage ohne Eingreifen des Gesetzgebers volle Klarheit herrschen wird, dürfte angesichts der großen Menge

der Streitpunkte sehr zu bezweifeln sein. Die Lücke, die das Gesetz hier hat, ist eben zu groß, als daß es möglich wäre, jemals ohne ein starkes Eingreifen des Gesetzgebers zu einer einheitlichen Auffassung zu gelangen. Die menschliche Phantasie wird sich immer neue Gedankengänge und neue Erklärungen zu konstruieren wissen, mit deren Hilfe es möglich ist, zu einem befriedigenden Resultate zu gelangen. Darum kann nur der Gesetzgeber helfend eingreifen und ein solches Einschreiten wäre wahrlich angesichts der hohen praktischen Bedeutung dieser Frage sehr am Platze. Es würde damit nicht nur dem Stande der Aerzte und Juristen ein großer Gefallen erwiesen, sondern auch die Allgemeinheit würde diese Regelung sicher mit Freuden begrüßen. Von der Neuregelung unserer Strafgesetzgebung hängt es nun in der Folgezeit ab, ob dieser schon so lange gehegte Wunsch in Erfüllung gehen soll. Mit einem Schlage würden dann alle die Zweifel verschwinden, die sich bisher immer wie lähmend der Tätigkeit des Arztes entgegengestellt haben, zum Segen sowohl unseres Aerztestandes, als auch zum Segen der ganzen leidenden Menschheit selber. Es ist darum alle Hoffnung auf die Arbeiten der Strafrechtskommission zu setzen, der die Vorbereitungen für den Entwurf eines neuen deutschen RStGB. übertragen sind, daß sie diesem berechtigten Verlangen durch Einsetzen eines entsprechenden Passus in das Gesetz Rechnung tragen wird.

Die Frage aber, in welcher Fassung eine solche Bestimmung im Gesetze Aufnahme zu finden hätte, dürfte m. E. nicht so leicht zu beantworten sein. Jedenfalls muß die Bestimmung so lauten, daß sie allen Anforderungen der medizinischen und juristischen Praxis genügt. Man hat zwar schon die verschiedensten Versuche gemacht, eine juristisch einwandfreie Lösung zu erreichen; namentlich gibt uns auch Stooß in seiner Abhandlung eine ganze Fülle des Materials, wie in anderen Staaten die Frage behandelt wurde. Allein alle diese Fassungen sind m. E. mehr oder weniger abzulehnen; denn entweder nehmen sie zu wenig Rücksicht auf das Erfordernis der Einwilligung — so namentlich die von Stooß zitierte Bestimmung des Strafgesetzbuches von Neuseeland in seinem § 69 — oder es wird ein zu großes Gewicht auf die Art und Weise der Ausführung gelegt. Indeß die nur „nach den Regeln der Kunst“ ausgeführte Operation genügt allein nicht, um die Strafbarkeit des Operierenden zu beseitigen, sondern die Operation muß auch als das notwendige oder doch wahrscheinliche Mittel

erscheinen, um den bezweckten Erfolg zu erreichen. Mit Rücksicht darauf glaube ich das Richtige zu treffen, wenn ich ungefähr folgende Fassung in Vorschlag bringe:

„Wer an einer Person zu Zwecken der ärztlichen Behandlung einen operativen Eingriff vornimmt, der notwendig ist und nach der Ansicht des gewissenhaft handelnden Operateurs wahrscheinlich zur Erreichung des bezweckten Erfolges führen wird, bleibt straflos, sofern er diese Handlung nicht gegen den ausdrücklich erklärten Willen des Patienten oder, insofern dieser kein selbständiges Urteil darüber abzugeben vermag, nicht gegen den ausdrücklich erklärten Willen der zu seiner Vertretung berufenen Personen vornimmt".

Auf dieser Grundlage gewinnt sowohl der Arzt als auch der Jurist eine feste Rechtsposition, und es wird dies zu begrüßen sein nicht nur für die Betroffenen selbst, sondern für unser ganzes Rechtsleben.